UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1934-1935

Rôle et Responsabilité du Notaire

en matière de

Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue publiquement

PAR

FERNAND YVERNÈS

JURY DE THÈSE :

G. GABOLDE, Professeur, *Président.*
MAURY, MARTY, *Suffragants*

TOULOUSE
Imprimerie P. JULIA
2, RUE TEMPONIÈRES, 2

1935

ROLE ET RESPONSABILITÉ

DU NOTAIRE

EN MATIÈRE DE

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548905_0023

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1934-1935

Rôle et Responsabilité du Notaire

en matière de

Sociétés par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue publiquement

PAR

FERNAND YVERNÈS

JURY DE THÈSE :

G. GABOLDE, Professeur, *Président.*
MAURY, MARTY } *Suffrageants*

TOULOUSE
Imprimerie P. JULIA
2, RUE TEMPONIÈRES, 2

1935

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Honorariat.

MM.

HOUQUES-FOURCADE, O. ✻, doyen honoraire.
CÉZAR-BRU, O. ✻, doyen honoraire.
DECLAREUIL, ✻, professeur honoraire.
GHEUSI, O. ✻, professeur honoraire, recteur de l'Académie de Toulouse.
MESTRE, ✻, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris.
CLAVELIER, secrétaire honoraire.

Professeurs, Agrégés et Chargés de cours.

THOMAS, ✻, doyen, professeur de Droit romain.
MAGNOL, ✻, professeur de Droit criminel.
PERREAU, O. ✻, professeur de Droit civil.
RICOL, professeur de Procédure civile, mis à la disposition de M. le Ministre des Affaires Etrangères.
MAURY, professeur de Législation comparée.
PLASSARD, ✻, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.
HAURIOU, professeur de Droit constitutionnel.
DEVAUX, professeur de Droit international public.
BOYER, professeur de Droit romain.
JAMES, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
GABOLDE, ✻, professeur de Droit commercial.
DUPEYROUX, professeur de Droit administratif.
HÉBRAUD, professeur, chargé du cours de Procédure civile.
BYÉ, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.
FOURGEAUD, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.
MARTY, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
N..., chargé du cours d'Histoire du Droit.
LAPORTE, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

Président de la thèse : M. GABOLDE.

SUFFRAGANTS { M. MAURY.
M. MARTY.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'étudier ici le rôle et la responsabilité du notaire à l'occasion des formalités relatives aux Sociétés par Actions. Restreindre cette étude à ce seul type de société peut paraître singulier, puisque les questions importantes qui doivent retenir l'attention du notaire sont communes aux différentes formes de sociétés. Cependant les Sociétés de capitaux, d'une nature toute spéciale, ne nous paraissent pas devoir être envisagées de la même façon que les autres. Ayant d'ailleurs suscité de la part du législateur des mesures spéciales, il nous semble qu'elles nécessitent un examen spécial.

Les sociétés de capitaux,, quoique moins nombreuses que les sociétés de personnes, englobent un nombre plus considérable d'individus. Au point de vue économique, elles favorisent la création de grandes entreprises, car elles permettent de faire fructifier, en les groupant, les petites économies qui sans elles pourraient dormir. Cependant, ces dernières années surtout, « avec les mensonges des prospectus et des réclames de journaux, avec les fausses nouvelles et autres manœuvres de Bourse,

avec le concours de parasites, inévitable cortège de lanceurs d'affaires, avec la vénalité possible de la presse et des membres du Parlement, et surtout avec ce mirage dont disposent sur le public les grands hommes, comme aussi les grandes œuvres qu'il n'a pas l'occasion de voir de près », et pour d'autres raisons qui nous échappent, les épargnants ont éprouvé de désagréables surprises. Non seulement les économies n'ont pas fructifié, mais encore elles ont été souvent réduites à près de zéro.

Nous devons ici laisser de côté toutes les considérations, cependant intéressantes, du domaine de l'économie politique qui recherche d'autres causes et propose d'autres remèdes à ces accidents fâcheux. L'état actuel de notre système économique ne permet pas de supprimer les sociétés par actions. Partant de ce postulat, ce qu'il faut « demander à la loi, afin de protéger l'épargne, c'est d'environner ces sociétés de prescriptions qui ne gênent pas les entreprises honnêtes et sérieuses ».

C'est ainsi que le législateur a dû organiser et imposer un système rigoureux de formalités dans l'intérêt des actionnaires et des tiers. Assuré, comme en beaucoup d'autres matières, de l'impartialité et de l'honorabilité du notaire, il lui a confié ici un rôle très important. On ne peut pas créer de société par actions sans avoir recours à son ministère. Ce rôle entraîne avec lui une lourde responsabilité civile et pénale.

Dans les pages qui vont suivre nous n'avons pas la prétention d'écrire un traité juridique complet des sociétés par actions. En nous plaçant strictement au point de vue notarial, nous chercherons modestement à délimiter et à mettre au point le rôle du notaire, conseil des parties et contrôle de la légalité des actes qu'il recevra. Ce rôle étant défini, nous essayerons de dégager sa responsabilité en la matière.

Dans une partie préliminaire, après avoir fait ressortir les éléments essentiels des sociétés par actions, nous examinerons dans un aperçu historique, l'évolution de cette forme de société, pourquoi et comment le législateur a dû intervenir. Nous esquisserons l'évolution simultanée du notariat.

Une première partie sera consacrée au rôle du notaire dans les formalités constitutives et dans les actes d'une société déjà constituée. Nous verrons que ce rôle est plus important dans la pratique que celui qu'a prévu la loi. Nous nous attacherons à mettre au point la nature de l'intervention du notaire : le notaire intervient-il dans le cadre de ses fonctions légales ou en simple particulier, mandataire ou gérant d'affaire. Cette distinction est indispensable pour établir ses obligations et surtout sa responsabilité.

Dans une seconde partie, nous étudierons cette responsabilité. Nous verrons qu'elle est différente selon que le notaire intervient en qualité d'officier

ministériel, en vertu d'un contrat ou de sa propre initiative. Nous diviserons donc cette étude en trois chapitres au cours desquels nous examinerons successivement les principes de la responsabilité et leur application à notre matière. Un quatrième chapitre traitera de l'action en responsabilité.

En conclusion, nous verrons si cette responsabilité garantit suffisamment ce rôle, si l'intervention du notaire est conforme aux buts du législateur, s'il y a lieu de la restreindre, de la maintenir, ou de l'augmenter par quelques réformes simples et utiles.

PARTIE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS GÉNÉRALES

Le Code civil [1] nous donne la définition du contrat de société : « ... Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Cette définition s'applique aussi bien aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales [2].

Les sociétés vont donc se différencier selon les choses mises en commun, et selon les diverses manières possible de les mettre en commun et d'en partager le bénéfice. A ces diverses manières correspondent divers types ou formes de sociétés qui varient suivant les époques et les pays [3].

---

(1) Code civil, art. 1832.

(2) Code commerce, art. 18.

(3) C'est ainsi qu'en Angleterre, il existe des « Companies unlimited by shares » qui n'ont pas de type correspondant en France, puisque ce sont des sociétés en nom collectif, mais dont les parts sont des actions négociables. C'est encore ainsi que la France n'avait pas avant la loi de mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée de type correspondant aux « privates companies » du droit anglais ni aux « gesells chaften mit beschraenkter Haftung » du droit allemand.

En nous limitant au droit français actuel, les sociétés peuvent se classer, en partant de ces principes, en sociétés civiles et en sociétés commerciales. Parmi ces dernières, on distingue deux catégories : les sociétés par intérêts ou de personnes, et les sociétés par actions ou de capitaux.

Puisque nous devons étudier plusieurs formalités relatives aux sociétés par actions, il nous paraît indispensable de rappeler quelques notions élémentaires, mais fondamentales.

Les sociétés par actions se subdivisent en deux types de sociétés : la société en commandite par actions, et la société anonyme.

On entend par « action » la part d'un associé dans une de ces sociétés. L'action diffère de la « part d'intérêt » des sociétés de personnes en ce que le titre qui la représente est cessible et même négociable selon les formes habituelles du commerce (4). Cette différence s'explique par le fait que les sociétés de capitaux sont contractées *intuitu pecuniæ*, c'est-à-dire eu égard au capital mis en valeur. On ne tient pas compte, comme dans les sociétés d'intérêts, contractées *intuitu personæ*, de la personnalité des associés. Dès lors, quel inconvénient y a-t-il à

(4) L'action « au porteur » peut se céder de la main à la main; « nominative », il faudra pour la transmettre une déclaration de transfert inscrite sur les registres de la société, enfin l'action est « à ordre » quand elle est négociable par un endossement.

ce que les associés cèdent leur place, puisque le capital social, seule source de crédit, n'en est pas augmenté, ni diminué ?

La Société anonyme « est composée uniquement d'actionnaires ou associés à responsabilité limitée, dont les parts sociales de valeur égale sont représentées par des certificats négociables. Ces actionnaires ont à leur tête un conseil d'administration, nommé et renouvelé périodiquement par eux » (5).

C'est le type le plus net et d'ailleurs le plus répandu de la Société par actions.

La Société en commandite par actions est plus complexe. Au regard du commandité ou des commandités, elle présente les caractères d'une société par intérêts : *intuitu personnæ*, incessibilité des parts, responsabilité indéfinie de l'associé. Envisagée du côté des commanditaires, elle devient société par actions puisque les commanditaires sont des actionnaires. On la définira « une société composée d'un côté d'un ou de plusieurs commandités, associés en nom et gérants, et de l'autre côté d'actionnaires étrangers à l'Administration, ainsi qu'à la raison sociale » (6).

Absence d'*intuiti personæ*, cessibilité de parts, responsabilité restreinte, tels sont les éléments essentiels qui caractérisent les sociétés par actions.

---

(5) Thaller. T. E. de Dr. Com., 1931, p. 322.
(6) *Idem*.

Nous sommes donc en présence d'un contrat, si l'on peut dire, où les parties ne se connaissent pas et ne s'engagent, souvent par des intermédiaires, qu'à une chose : risquer la mise. Véritable jeu, plutôt que contrat; il convenait que le législateur en fixât les règles.

HISTORIQUE

I. Sociétés par actions.

Ces règles évoluent, ont évolué dans l'histoire, et pour mieux situer la place actuelle des Sociétés par actions dans leur évolution juridique et mieux comprendre le rôle de notaire, il convient d'examiner brièvement le passé; brièvement, car un historique complet de cette question devrait comporter des considérations sur la politique, l'économie, la psychologie de plus de vingt siècles, et sortirait du cadre de notre thèse.

Les hommes ont toujours eu l'instinct du groupement qui donne plus de force. Dans la préhistoire même, nombreux sont les exemples où nos ancêtres unissaient leurs efforts pour un but qu'ils ne pouvaient atteindre individuellement.

Le groupement des économies est une des mani-

festations modernes de cet instinct; et si l'on s'en tient, comme nous, à la forme la plus perfectionnée et la plus souple, la société par actions, il ne faut pas espérer en trouver l'origine bien loin dans l'histoire.

Le *Droit Romain*, de l'époque primitive à Justinien n'offre aucune institution comparable. Le contrat de société, privé, ne se formait qu'entre personnes parentes ou amies, sans autre formalité que l'expression de leurs consentements réciproques. Si les associés n'avaient pas suffisamment de capitaux pour leur entreprise, ils avaient recours au prêt à intérêt (fœnus). Les créanciers jouant pratiquement le même rôle que les actionnaires actuels étaient dans une situation juridique très différente. ils n'étaient pas associés. Les sociétés romaines vectigalis, formées pour le recouvrement des impôts, différaient sur de nombreux points des autres sociétés de cette époque : elles émettaient, paraît-il des parts cessibles. Y a-t-il un rapprochement à faire entre ces parts cessibles et nos actions côtées en Bourse ? Celles-là contenaient-elles le germe de celles-ci ? Cette hypothèse a été émise. Mais nous ne croyons pas que les romains aient abandonné même exceptionnellement l'*intuitus personæ* en matière de société. Ils ont toujours vu en « ce lien sympathique... et cette confraternité entre associés » un élément essentiel de ce contrat.

C'est du moins ce qui ressort des textes de Pomponius (8) et Ulpien (7). Si des parts étaient cédées dans les sociétés vectigalis et d'autres de même nature, elles ne l'étaient qu'à l'héritier. Ce dernier pouvait remplacer comme associé le décujus, mais il fallait une convention expresse au moment de la formation du contrat. En l'absence de convention et si le concours de l'associé défunt n'était pas indispensable à l'existence de la société, l'héritier, sans être associé lui-même, et sans pouvoir s'immiscer dans les affaires sociales pouvait cependant subir sa part des pertes sociales ou participer aux bénéfices.

La Société pouvait donc subsister malgré la mort d'un associé. Cette anomalie permet à Gaius d'y voir une personnalité morale (9).

Malgré ces caractères de cessibilité des parts et de personnalité morale, il nous paraît abusif de voir là une origine de notre institution.

L'*Ancien Droit français* est une source plus intéressante pour notre étude.

Pendant le Moyen âge, la conception romaine de la société commerciale a subsisté : chaque membre est tenu même sur ses biens personnels des dettes sociales. L'absence de grandes exploitations privées.

(7) Pomponius. L. 59 pr., D., Pro Socio.
(8) Ulpien. L. 63 et 8, D., Pro Socio.
(9) Vectigalium publicorum sociis permissum est corpore habere, L. 1, D.

et le développement des corporations qui finit par englober le commerce et l'industrie, créaient un milieu défavorable à l'apparition de notre type de société.

Cependant vers le XII[e] siècle, on peut déjà distinguer, parmi les sociétés commerciales, les deux catégories principales : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

Dans la société Générale ([10]) ou Libre ([11]) les personnes associées peuvent intervenir dans les affaires sociales, et sont solidairement responsables des dettes.

Dans le contrat de Commande, il s'agit simplement d'une association de capitaux. Un seul personnage, le gérant, traitait avec les tiers, un autre fournissait les capitaux.

Les bénéfices étaient partagés. Ce contrat s'appliquait aux opérations les plus diverses (troupeau confié à un berger, denrées qu'un voyageur allait vendre, etc.). Il permettait aux capitalistes, généralement des nobles, de contourner le « devoir de classe » leur interdisant d'exercer ouvertement le commerce et leur permettait aussi d'éviter la prohibition par l'Eglise de prêt à intérêt.

Les risques des commanditaires étaient limités au

---

(10) POTHIER. N° 82.

(11) TOUBAU. Institutes de Droit consulaire, Livre II, titre 3, chap. 2.

chiffre de la mise, puisque cette mise seule faisait partie du capital du commandité seul responsable à l'égard des tiers. Cette innovation portait une brèche aux principes romains et aux principes moyennâgeux. Un élément de nos sociétés modernes venait d'apparaître : la limitation des risques de l'associé au chiffre de sa mise.

Plus tard, au XVII[e] siècle, les aventures des « conquistadores » amènent la fièvre de la colonisation. La France après l'Espagne, l'Angleterre, la Hollande, en est prise à son tour. La nécessité de capitaux importants pour les entreprises coloniales entraîne la constitution de Compagnies d'Actionnaires dans lesquelles on trouve les éléments essentiels qui caractérisent les sociétés par actions. Le pouvoir public intervenait dans la constitution et la marche de ces compagnies. (Elles étaient soumises à l'obtention des privilèges royaux de navigation, de commerce et de souveraineté sur les territoires concédés, contre l'engagement par les Compagnies de peupler et d'exploiter). Cette intervention n'avait donc pas pour but la défense des intérêts privés, mais plutôt l'attribution d'un caractère national à ces entreprises, sources de richesses et de rayonnement d'influence. La monarchie ne pouvait, dans l'état de ses finances, que baser sa politique sur les intérêts de la classe bourgeoise, c'était la solution proposée par Richelieu et Col-

bert. C'est ainsi que les entreprises coloniales furent confiées à des compagnies d'actionnaires. Le système pêchait par un défaut capital. Les ressources de ces Compagnies étaient insuffisantes pour l'entreprise ([12]) et la monarchie ne put accorder, en plus de ses privilèges, les indispensables subventions. Les expédients même ingénieux de Law ne suffirent pas à masquer la banqueroute.

Une autre cause d'échec de nos premières sociétés par actions, les Compagnies, peut être recherchée dans les règles arbitraires qui présidaient à leur marche. Les actions étaient inscrites sur les registres de la Compagnie, mais n'étaient représentées qu'à titre exceptionnel par des certificats détachés. Des actions à revenu fixe étaient confondues avec les obligations. Il n'y avait pas de marché des titres ([13]). Les actions circulaient peu et les souscripteurs étaient rares. En dehors des Compagnies coloniales, les actions n'eurent que de très rares applications ([14]) et subirent un discrédit général à la fin de l'Ancien Régime.

---

(12) On peut encore en juger d'après les crédits affectés actuellement aux colonies et les dépenses militaires coloniales.

(13) La Bourse de Paris n'apparaît qu'en 1724, quatre ans après la débacle de Law.

(14) Compagnie d'assurance de 1750 sans homologation du Roi. Entreprise des fermes générales par actions. Arrêt du Conseil du 17 avril 1759. Manufacture d'armes de Tulle (1783). Mines de charbon de Mons (1685).

Notre institution avait fait cependant ses premiers pas. Ce sera le rôle des législations suivantes de la mieux organiser.

Depuis 1791, la législation des sociétés par actions varie suivant l'opinion du jour sous l'influence des doctrines philosophiques ou sociales.

La loi du 2 mars 1791 proclame l'entière liberté. De nombreuses sociétés par actions se constituent, mais sans garanties suffisantes, d'où agiotage et effondrement.

En réaction brutale, la loi du 26 germinal, an II, interdit toute création de Société.

Le Directoire refait l'expérience déjà oubliée de 1791 et, le 30 brumaire an IV, autorise sans limite la création des sociétés par actions : Nouveaux abus. Les solutions excessives ont échoué.

Le Code de Commerce de 1807 consacre une demi-mesure (art. 37 et 38) : La société anonyme est soumise à une autorisation gouvernementale préalable. La société en commandite par actions reste libre.

Les rédacteurs du Code estimaient comme une garantie suffisante la responsabilité solidaire et indéfinie des gérants commandités. Etait-ce une garantie suffisante ? On pouvait le croire puisqu'en pratique les commandites par action ne donnaient pas lieu à des abus. Mais c'était en réalité la conséquence

d'un autre fait. La fraude qui avait le libre choix entre la commandite et l'anonymat trouvait ce dernier plus propice à ses agissements.

La mise en vigueur du Code renverse la situation : les aigrefins durent se contenter de la commandite. La ruse était d'ailleurs facile : Un « homme de paille » insolvable était placé comme gérant et donnait aux créanciers sociaux l'illusion d'une garantie. Si bien que sous Louis-Philippe et au début du second Empire, la suppression des commandites par actions fut à plusieurs reprises projetée.

Le régime du Code était donc excessif : trop sévère pour les anonymats, trop libéral pour les commandites.

La loi du 17 juillet 1856 ne voulant pas « supprimer l'usage pour empêcher l'abus » apporte aux Sociétés en commandite une règlementation dont les grandes lignes subistent encore aujourd'hui, notamment :

Le taux minimum des actions.

La souscription du capital social et la libération du quart de chaque action en numéraire.

Le caractère nominatif des actions non libérées.

La déclaration notariée de souscription et de versement (imposée au gérant de la commandite).

La vérification des apports en nature par deux assemblées générales.

La constitution d'un conseil de surveillance.

Cette loi constituait un réel progrès, mais ne supprimait pas le manque d'homogénéité de la règlementation des sociétés par actions. Les abus diminuèrent. Le régime des commandites apparut satisfaisant, mais celui des anonymats gardait l'entrave de l'autorisation préalable.

Pour éviter cette prescriptions trop sévère, la loi du 3 mai 1863 autorise la création « des sociétés à responsabilité limitée », au capital maximum de 20.000.000 de francs, dont les règles générales rappellent beaucoup celles de nos sociétés anonymes actuelles.

La loi du 24 juillet 1867 supprime les anciennes sociétés anonymes autorisées et reprend les principales dispositions des lois de 1856 et 1863.

Malgré quelques modifications en 1893, 1902, 1903, 1913, la loi de 1867 reste *actuellement* la loi organique des sociétés par actions.

II. Rôle du notaire.

L'évolution du rôle du notaire a été sensiblement simultanée à celle de l'intervention du législateur. Le notaire tenant ses pouvoirs de ce dernier.

En droit romain les « notarii » et « tabellio-

nes », ancêtres, dit-on, des notaires actuels, étaient de simples particuliers. Leur rôle se limitait à rédiger en bonne forme les intentions des parties.

En 803, Charlemagne donne aux « Tabelliones » le pouvoir de rédiger des actes authentiques.

En 1270, Louis IX crée 60 notaires au Châtelet et organise le notariat en réunissant les fonctions de « notarius » et de « tabellio ». Son exemple n'est pas suivi dans les provinces seigneuriales.

Dans un édit de mai 1597, Henri IV établit l'uniformité dans tout le royaume, érigeant en office héréditaire la charge de notaire-Tabellion.

En août 1706, Louis XIV donne au notaire un sceau aux armes du Roi, c'est lui qui fait, pour la première fois, intervenir le notaire dans la constitution des sociétés ([15]).

La loi révolutionnaire du 6 octobre 1791 supprime l'ancienne institution et organise la classe unique des « notaires publics ».

Cette loi imparfaite fut remplacée par celle du

---

(15) Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye sur le Commerce (1673), article 1er, titre IV : « Toute société générale ou en commandite, sera rédigée par écrit, par devant notaires, ou sous signatures privées, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur nominale de cent livres. »

25 ventôse an XI qui reste encore le statut légal des notaires.

Cet exposé sommaire montre que le notariat était déja organisé quand apparut, dans de nouvelles conditions économiques la société par actions.

Il était naturel que le législateur attribuât au notaire en matière de sociétés par actions le rôle si important que nous allons examiner.

PREMIÈRE PARTIE

ROLE DU NOTAIRE

TITRE PREMIER

Formalités Constitutives

CHAPITRE PREMIER

LES STATUTS

Pour arriver à constituer une société, il faut, en premier lieu, réunir dans un écrit l'ensemble des dispositions réglant l'organisation et le fonctionnement de cette société. Il faut en rédiger les statuts. Ce travail d'une importance particulière exige non seulement la connaissance de l'objet, du but, des circonstances particulières de l'entreprise mais encore celle de la réglementation des diverses formes de sociétés. C'est la forme de société qu'il convient d'adapter à l'entreprise et non l'inverse. Pour mieux l'adapter, on est obligé parfois d'insérer dans les statuts diverses clauses qui doivent rester dans

le cadre de la loi. Devant ces difficultés les fondateurs confient ce travail à des hommes d'affaires spécialisés ou se contentent de copier comme une formule les statuts d'une société analogue. Mais, le plus souvent, c'est au notaire qu'ils ont recours, soit qu'il s'agisse d'un cas où l'authenticité de l'acte est requise, soit que les fondateurs s'en rapportent volontairement au notaire dont le ministère sera exigé ultérieurement. C'est à ce titre que nous devons étudier cette première formalité.

Section I.

Nécessité de l'écrit.

Dans notre droit, l'existence d'un contrat, c'est-à-dire d'une convention génératrice d'obligations ne tient pas à la rédaction d'un écrit, elle résulte seulement de l'accord des volontés (Cf. art. 1138, 1108, 1583 C. civ.). Le contrat de société existe donc au moment où les parties sont d'accord sur toutes les clauses de ce contrat. Mais cette conception consensualiste est purement dogmatique. La réalité exige l'application des règles indispensables de la preuve. « ... La question concrète de la preuve est prépondérante, de telle sorte que — et il en sera ainsi tant que les hommes n'auront pas le pouvoir de sonder les consciences, et les cœurs —

un droit non prouvé n'existe pas en pratique » [1]. C'est ainsi que le législateur a subordonné l'existence de la société à l'existence de sa preuve. L'opération juridique abstraite, le negotium, devait être concrétisé par un acte, l'instrumentum. C'est aussi pour des raisons de protectionnisme juridique que cette preuve devait être un écrit.

Le Code de commerce prescrivait pour la constitution de toute société en commandite (art. 39) un acte public ou sous signature privée, tandis que les sociétés anonymes ne pouvaient être formées que par des actes publics. La loi du 24 juillet 1867 (article premier et 21) supprime cette différence : les sociétés par actions peuvent être formées par acte notarié ou sous-seing privé. Cette obligation d'un écrit, qu'impose aussi le Code civil (art. 1834), malgré la liberté laissée pour la forme, contraste avec l'esprit du Code de commerce qui est très large en matière de preuve (Cf. art. 109, C. com.).

Cette sévérité peut s'expliquer par des raisons bien simples. Dans l'intérêt des associés, durant la vie de la société et surtout à sa dissolution, il était indispensable de consigner par écrit des conventions aussi nombreuses portant sur un temps aussi long. Pouvait-on laisser verbales ces conventions et, le cas échéant, se fier à la mémoire des témoins ?

(1) Bordeaux. Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires, Paris, Dalloz, 1918, p. 39, n° 132.

De plus, un acte de sociétén'est pas seulement un moyen de preuve. Dans l'intérêt des tiers (futurs souscripteurs ou créanciers) il fallait rendre publiques les conventions essentielles du contrat de société. Y avait-il d'autre moyen que l'écrit ?

Section II.

Ce que doivent énoncer les statuts.

La loi impose donc un écrit, mais respectant le principe de l'autonomie de la volonté ou de la liberté des conventions (art. 1134, C. civ.) elle ne dit rien sur le contenu de cet écrit. Les fondateurs peuvent insérer dans les statuts toutes conventions à leur gré. Cette liberté subit cependant des limites. « Le contrat de société, dit l'article 18 du Code de commerce, se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. » Il s'ensuit que ces conventions doivent observer le principe du droit civil qu'impose l'article 6 du Code — c'est-à-dire ne pas être prohibées par la loi pour être contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (2). De plus, il ne faut pas que

(2) Ainsi toute société formée pour l'exploitation d'un office public ou ministériel est nulle comme étant illicite pour être contraire à l'ordre public.

ces conventions contreviennent aux lois impératives particulières au commerce (3).

En dehors de ces limitations de la liberté qui sont d'ailleurs communes à toutes les conventions, le législateur n'aurait pas été logique s'il avait prescrit la nécessité d'un écrit, dans l'intérêt des tiers et des parties et s'il n'avait pas prévu l'insertion obligatoire de certaines conventions. Supposons un acte de société observant des règles générales que nous venons de citer, mais ne contenant ni le nom des associés, ni la raison de commerce, ni le siège social, ni le montant du capital. Répondrait-il au but que s'est fixé le législateur ?

Cette obligation n'est pas directement imposée par la loi du 24 juillet 1867, mais elle ressort de ses articles 57 et 58. Certaines mentions sont exigées dans les extraits de l'acte constitutif, pour la publication. Il est évident que ces mentions doivent se trouver dans l'original. C'est ainsi que les statuts devront énoncer :

La dénomination de la société : en commandite par actions ou anonyme.

« L'indication du siège social...

(3) Des statuts d'une société en commandite par actions ne peuvent contenir, sous peine de nullité, une convention selon laquelle le conseil de surveillance serait nommé d'une autre façon que pour l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale.

« L'époque où la société commence et celle où elle doit finir...

« Si la société est anonyme... le montant du capital social en numéraire et en autres objets, la quotité à prélever sur le bénéfice pour composer le fonds de réserve. »

Si la société est en commandite « les noms des associés » autres que les actionnaires ou commanditaires; la raison de commerce ou la dénomination adoptée par la société; ... la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société; le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires ».

Section III.

Forme des statuts.

Nous venons d'examiner les précautions que le législateur a estimé nécessaires. Il les a aussi estimé suffisantes puisqu'il accorde la plus grande liberté au point de vue de la forme de l'écrit. Les fondateurs ont le choix, sauf dans les cas exceptionnels que nous verrons, entre la forme sous-seing privé et la forme authentique.

Le législateur, en supprimant la nécessité de l'acte authentique pour les sociétés anonymes (an-

cien art. 40) a, sans doute, voulu rester conforme à l'esprit général du droit commercial qui vise à un juste équilibre entre un minimum de sécurité et une grande rapidité dans la marche des affaires.

Cette réforme répond-elle à des nécessités, constitue-t-elle un progrès ?

Prenons d'abord l'hypothèse où le particulier copie lui-même une formule de statuts. Il serait bien étonnant, que cette formule corresponde exactement à la société envisagée. Il faut, en général, apporter des modifications. Ce qui suppose de profondes connaissances juridiques, du sens des affaires et de la prudence. La confiance que le législateur a mise en ce particulier n'est pas toujours justifiée, du moins elle n'est jamais contrôlée ; il commettra généralement l'erreur de copier des statuts d'une société analogue qui fonctionne bien, sans se douter que ces statuts peuvent contenir de nombreuses causes de nullité. Les créanciers ne s'en soucieront guère tant que l'affaire « rendra » mais essayeront, s'il n'en est pas ainsi, de trouver dans l'édifice une fissure inquiétante. Le fondateur pensera alors qu'il aurait été plus sage de s'adresser à un homme d'expérience et regrettera un peu tard son initiative. S'il s'agit d'un escroc qui a volontairement introduit une tare, il se réjouira de voir ainsi s'écrouler une affaire dont il aura déjà retiré des avantages bien supérieurs aux inconvénients qu'il encourt.

Les fondateurs peuvent encore, se passant du notaire s'adresser à un homme d'affaire spécialisé ? Y a-t-il pour eux quelque avantage ? Le temps nécessaire à l'étude de l'affaire, aux formalités d'enregistrement et de publicité est le même dans tous les cas. Quant au prix de l'acte sous-seing privé, il sera finalement supérieur à celui de l'honoraire dont le taux est fixé d'avance, et légal.

A ces inconvénients, d'ordre général, viennent s'ajouter ceux qui ressortent d'un examen plus précis de la forme sous-seing privé elle-même.

L'acte sous-seing privé jouit d'une grande facilité de rédaction et de forme. Il n'est soumis qu'à quelques règles :

La signature des parties et le tirage, pour les formalités de publicité et d'enregistrement, en plusieurs exemplaires avec mention des doubles sur chacun d'eux (4). La date certaine est conférée au-

---

(4) Il faut un double pour l'enregistrement et (art. 55) deux pour les greffes de la Justice de paix et du Tribunal de commerce. Lorsque la société se constitue avec un capital souscrit en numéraire et qu'il y aura lieu à déclaration notariée de souscription et de versement « à cette déclaration sont annexés... l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous seing privé ». Mais si la société se constitue seulement avec des apports en nature, il ne peut y avoir de déclaration notariée, donc impossibilité d'y annexer un double de l'acte (voir HOUPIN et BOSVIEUX, n° 508). Cependant nous estimons qu'il est prudent et conforme à l'esprit de la loi de déposer les statuts pour minute avec ou sans reconnaissance d'écritures. La conservation

tomatiquement par l'enregistrement. On concevrait difficilement un acte privé dépourvu de signature et de date. Quant aux formalités d'enregistrement et de publicité elles répondent à des mesures fiscales et de protection des tiers dont on ne pourrait dispenser un acte privé pas plus qu'un acte authentique.

Ces prescriptions sont, on le voit, très simple et permettent de dégager par *a contrario* toutes les facilités réservées aux parties qui choisissent la forme privée.

Elles peuvent écrire sur une feuille de papier de format et de qualité quelconque, soit au crayon, soit à l'encre, ou par tout autre procédé. Elles peuvent énoncer les sommes en chiffre, râturer, surcharger, abréger; écrire entre les lignes, en marge, ou au bas de la feuille; laisser des blancs, des lacunes, etc. ([5]). De plus, les parties peuvent s'exprimer en français ou dans une langue étrangère ([6]).

---

du pacte social est une mesure de sauvegarde au profit des actionnaires et des tiers. Nous en voyons toujours la nécessité, surtout quand les statuts sont sous seing privé, et même quand le capital social ne comprend que des actions d'apport.

(5) Les interlignes, renvois et apostilles doivent être signés et paraphés, mais ils ne sont pas nuls de plein droit, leur validité est subordonnée à l'appréciation des circonstances. Req., 21 décembre 1920, *D. P.*, 1921-1-61.

(6) La loi du 24 Prairial an XI exige cependant qu'une traduction française soit présentée à l'Enregistrement. Il faut aussi une traduction pour la publication.

Toutes ces facilités ne sont-elles pas autant de sources d'erreurs et de conflits ? Le législateur l'a, du reste, reconnu puisqu'il n'accorde en général aux actes sous-seing privé qu'une fonction probatoire très limitée, et qu'il a dû, en notre matière, prendre des précautions supplémentaires pour remédier à cette insuffisance.

C'est la signature, signe du consentement des parties, qui donne à un acte écrit sa force probante, l'objet de la preuve étant le contenu de cet écrit : les diverses clauses et surtout la date. L'acte sous-seing privé qui n'est soumis à aucune condition de forme et de rédaction ne peut garantir de lui-même la véracité des signatures et des mentions. Dans le rapport des parties entre elles ou avec des tiers le caractère probant de l'acte ne découlera que de leur reconnaissance mutuelle de cette véracité. Mais elles peuvent la contester. La force probante ne découlera alors que de la reconnaissance en justice.

Prenons l'exemple d'une société en commandite par actions. L'une des commandités veut se dérober, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, il dénie sa signature. Ce sera à l'autre associé, en vertu de l'article 1315 du Code civil à prouver la valeur de cette signature; le voilà donc engagé dans une procédure en vérification d'écriture qui ne lui donnera pas forcément gain de cause, mais lui portera toujours un retard préjudiciable. La possibilité de ce préju-

dice injuste était une raison pour écarter ici la forme sous-seing privé.

L'exactitude de la date serait aussi facilement contestable si la formalité de l'enregistrement n'y mettait obstacle. Il en serait de même de l'exactitude des mentions essentielles, si elles ne devaient figurer sur les extraits à déposer aux greffes.

Ainsi nous sommes amenés à préférer l'intervention notariale et la forme authentique.

Le notaire instruit est tout désigné pour conseiller les parties (7). Il évitera les déboires de leur candeur juridique ou de leur confiance en un homme d'affaire qui souvent connaît du Code « mieux les marges que le contenu ».

L'acte authentique se différencie du sous-seing privé en ce que les qualités de clarté qui résultent de la rédaction en français et de l'unité de contexte sont ici obligatoires (8).

La supériorité s'affirme surtout par sa force probante. Nous avons vu la fragilité sur ce point de l'acte sous-seing privé. Ici pour contester une si-

---

(7) Faut-il rappeler les garanties qui ressortent des précautions entourant l'admission notariale et la nomination, la discipline du Corps et aussi « les efforts louables faits dans le sens de l'instruction professionnelle dont l'organisation et les résultats iront s'améliorant sous l'heureuse influence d'initiatives privées, facilitées dans leur entreprise par la collaboration étroite du Corps enseignant des Facultés » (Thèse Navarre, p. 75).

(8) Loi du 25 Ventôse an XI, sect. 2.

gnature ou le contenu de l'acte il faudra recourir à la procédure de l'inscription de faux en écriture authentique. La peine encourue qui est celle des travaux forcés à perpétuité est de nature à sauvegarder l'intégrité de l'officier public le moins scrupuleux; la perspective des lourdes conséquences en cas d'échec, suffisante pour calmer l'amateur de chicanes.

Les rares adversaires de l'acte notarié tirent argument des causes possibles de nullité en raison des vices de forme, de l'incompétence ou l'incapacité du notaire. L'article 1318 du Code civil le réfute, consacrant indirectement la supériorité de l'acte authentique, puisque, même dans ces conditions, il « vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ».

Section IV.

Des cas où les statuts doivent être considérés comme authentiques.

Le loi laissant une grande liberté dans la forme des statuts, on peut se demander dans certains cas s'ils sont authentiques ou sous-seing privé. Or cette distinction doit être établie. Elle influe sur la fixation des honoraires du notaire, au moins dans certaines régions. Elle offre, de plus, un intérêt au

point de vue des droits d'enregistrement ou des amendes fiscales au cas d'énonciation et d'usage d'acte sous-seing privé non enregistré.

On ne peut contester que les statuts sont authentiques quand ils sont reçus directement par le notaire, ou quand, rédigés en sous-seing privé, ils ont été déposés pour minute avec reconnaissance des écritures et signatures par les parties ou encore annexés, avec cette même reconnaissance, à l'acte de déclaration de souscription et versement.

La difficulté surgit quand les statuts sont simplement déposés ou annexés sans autre formalité. Certains auteurs ([9]) et la jurisprudence ([10]) antérieurs à la loi de 1867, les déclarent dans les cas authentiques. D'autres auteurs ([11]) soutiennent l'opinion contraire consacrée par une jurisprudence plus récente ([12]), ce qui nous paraît plus rationnel. Ce simple dépôt ou annexe est imposé par la loi. Or la loi se contredirait si elle établissait d'une part la liberté de forme et, d'autre part, une formalité imposant même indirectement la forme authentique. Donc, les statuts resteront sous-seing privés quand, rédi-

---

(9) Aubry et Rau, t. VIII, p. 200; Troplong, Hyp., n° 506.

(10) Cass., 29 mars 1821 (S. 21-1-327). — Bourges, 27 juin 1823 (S. 24-II-51).

(11) Amiaud, Tr. Form. du Not. Dépôt pour minute n° 23.

(12) Lille, 25 juillet 1913 (*J. S.*, 1914, 319).

gés en cette forme, ils seront simplement déposés ou annexés sans reconnaissance des écritures et signatures par les parties.

Section V.

Intervention du notaire.

La loi permet donc à l'acte sous-seing privé de concurrencer ici l'acte notarié. Cette disposition nous a parue critiquable. Mais, pratiquement, il est rare que le notaire ne collabore pas à cette première formalité.

Il intervient quelquefois comme conseil des parties qui se rendent auprès de lui à cet effet, et rédigent ensuite, ou ont déjà rédigé, un sous-seing privé. Son rôle consiste alors à rappeler aux parties les exigences nombreuses et méticuleuses de la loi, à entraver d'objection les irrégularités de l'affaire. Les parties peuvent, du reste, agir à leur gré, consommer la fraude ou maintenir l'erreur. Le notaire n'a aucun moyen de contrainte. Il accomplit un devoir moral, une obligation que lui imposent sa charge et sa situation sociale.

Le notaire est encore tenu d'examiner le texte des statuts qu'il n'a pas rédigés, dans le cas, où il les a en mains à l'occasion de la déclaration notariée. Il doit proposer aux parties les modifications nécessaires s'il s'y trouvait des dispositions illégales

et causes de nullité ou simplement désavantageuses. Mais ce devoir aussi est purement moral. La loi de 1867 n'impose pas au notaire l'obligation de refuser la déclaration notariée, alors même qu'il est assuré de l'illégalité de l'acte de société qu'il y annexe. C'était pourtant un moyen de contrôle simple et naturel que le législateur aurait dû prévoir. A-t-il voulu refuser à un notaire le droit de contrôle et de critique de l'acte d'un confrère au cas où les statuts ont été rédigés par un autre notaire ? Ne pouvait-il alors restreindre ce contrôle aux statuts sous-seing privés ? Nous ne trouvons pas de commentaire en ce sens lors de la discussion de la loi et sommes en droit de penser que le législateur a estimé suffisant dans la pratique l'exercice de ce devoir moral de l'officier ministériel.

L'intervention du notaire revêt un caractère différent quand les parties le chargent de rédiger lui-même les statuts ou plus exactement un projet de statuts qui sera ensuite utilisé comme acte sous-seing privé ou authentique. Il profitera de cette confiance qu'on lui fait pour produire un acte bien adapté à l'affaire sans obscurité ni lacune et surtout sans clause contraire aux lois impératives et à l'ordre public. Mais il convient de se demander quelle est la nature de cette opération. Est-ce que le notaire effectue ce travail comme mandataire des fondateurs ? On peut être porté à le croire puisque le

notaire reçoit d'eux le pouvoir de rédiger les statuts pour eux et en leur nom. On peut être aussi porté à en tirer la conséquence logique que le notaire qui commettrait une erreur engagerait sa responsabilité envers les fondateurs, ses mandants, d'après les principes du mandat. Mais n'y aurait-il pas plutôt louage d'ouvrage ? La distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage est ici très délicate à établir. Cependant nous admettons plus volontiers qu'il s'agit dans notre cas d'un louage d'ouvrage. Le caractère essentiel du mandat est la représentation (13). Or le notaire, rédigeant un projet de statuts, peut-il vraiment représenter les fondateurs. Un acte de société est surtout composé selon les intentions des parties; les indications qu'elles fournissent constituent en quelque sorte les matériaux de l'ouvrage. Cet acte sera d'ailleurs ultérieurement signé par elles, indice qu'il est bien conforme à leurs intentions. Pourquoi les fondateurs se feraient-ils représenter et surtout envers qui ? envers eux-mêmes ?... Nous trouvons l'hypothèse où le notaire est réduit au rôle de scribe à qui les fondateurs confient la tâche d'assembler en bonne forme les éléments qu'ils lui fournissent, plus conformes à notre raison. La responsabilité du notaire découlerait alors de l'application des arti-

(13) Civ. 14 avril 1886, 1er arrêt, D. P. 86-1-220, S. 87-1-76.

cles 1382 du Code civil. où selon une tendance nouvelle de la jurisprudence des devoirs généraux des notaires. Cette distinction peut offrir d'autres intérêts que celui d'établir une base différente à la responsabilité.

En ce qui concerne la rénumération pécuniaire du notaire, les tribunaux peuvent la réduire ou l'augmenter au cas de mandat si elle est en disproportion avec le service rendu ([14]). En serait-il de même s'il s'agit d'un louage d'ouvrage ?

Supposons encore un accident mortel survenu au notaire allant, par exemple, voir sur les lieux l'objet de l'entreprise. S'il agissait en vertu d'un mandat sa famille a droit à une indemnité en vertu de l'article 2000 du Code civil qui pose la règle que le mandant doit « indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion. ». S'il était *locator operis* la famille devra prouver une faute et en poursuivre l'auteur. Nous n'avons pas eu connaissance de décision jurisprudentielle ayant tranché la question. Cependant dans des cas analogues on peut relever des décisions différentes. Certaines étant motivées par l'existence d'un mandat ([15]), d'autres par un manquement aux

(14) Req., 24 déc. 1891, D. P. 91-5-336; Req. 27 janv. 1908, D. P. 1908-1-155, S. 1908-1-223.

(15) Limoges, 2 déc. 1885 (D. P. 87-1-449); Poitiers, 30 juin 1947 (D. P. 47-2-120).

devoirs généraux des notaires ([16]). Nous en concluons que cette distinction ne peut se faire que dans des cas précisés, certains indices pouvant faire incliner dans un sens ou dans l'autre.

Il nous reste à examiner le cas où les statuts sont dressés en la forme authentique, qu'ils aient été ou non rédigés par le notaire. C'est d'ailleurs le cas le plus fréquent pour les sociétés importantes et la conséquence logique de la supériorité de la forme authentique. C'est aussi la conséquence du fait que, dans le ressort du tribunal de la Seine et de plusieurs cours d'appel le tarif des honoraires est le même que les statuts soient rédigés et reçus par le notaire ou, qu'étant préparés par les fondateurs, ils soient déposés pour minute ou simplement annexés à l'acte de déclaration notariée. A prix égal les fondateurs n'hésiteront pas à choisir la forme authentique. (Nous y voyons un heureux effet pratique des décrets qui ont fixé ce tarif par ailleurs critiquable.) Ici le notaire est dans l'exercice de sa fonction légale. Donnant l'authenticité à un acte, qu'il l'ait rédigé ou non, il est responsable de cet acte. Il doit suivre les règles professionnelles de la loi de Ven-

(16) Cass., 11 juillet 1881 (*J. des Not.*, art. 20.067, 22.557). Omission d'une énonciation utile. — Aix, 13 fév. 1864 (*J. des Not.*, art. 28.645), acte solennel reçu en vertu de procuration s. s. p. — Req., 16 fév. 1910 (D. P., 1812-1-183), acte contraire à l'ordre public.

tôse, pour éviter les nullités qui lui seraient imputables. Il sera encore civilement et pénalement responsable d'avoir inséré dans les statuts des clauses illicites ou contraires à l'ordre public, ou de les y avoir maintenues si les statuts n'ont pas été rédigés par lui. Dans ce cas, l'examen juridique des statuts s'impose obligatoirement à lui.

Section VI.

Des cas où l'intervention du notaire est obligatoire.

Le rôle du notaire en matière de rédaction des statuts ou pour des formalités relatives à ces statuts est plus actif que ne le laisse entrevoir la loi de 1867, puisque, dans certains cas, et cela pour des raisons diverses, son ministère est obligatoire. Examinons ces cas.

1° *Une partie ne sait pas ou ne peut pas signer.* — Ce cas résulte de la combinaison des prescriptions du Code de commerce imposant un écrit (art. 39 du C. com. et art. 21 du 24 juillet 1867) et du principe, admis en doctrine ([17]) et en jurisprudence ([18]), que cet écrit doit être signé, que cette signature doit reproduire le nom du signataire ([19]).

(17) Aubry et Rau, t. VIII, p. 220, par. 785.

(18) Bourges, 21 nov. 1871 (S. 72-2-206).

(19) Autrefois la signature pouvait être un signe quelconque, généralement une croix. Cette pratique a été condam-

Si donc une partie se trouvait dans l'impossibilité physique ou technique de signer, la forme authentique (où le cas est prévu par les articles 9-3° et 14 de la loi du 25 ventôse an XI ([20]) est seule possible.

Nous n'insistons pas sur ce cas. Il ne soulève pas de difficultés spéciales et se révèle, dans la pratique, assez rare en notre matière.

2° *Si une personne et son successible ou ses successibles sont associés.* — Ce second cas où l'authenticité des statuts est obligatoire, est l'aboutissement de plusieurs principes en matière de liquidation de l'actif successoral. L'égalité des droits entre cohéritiers intestat, fondé sur les intentions présumées du défunt à leur égard veut que ces derniers rapportent à la succession, c'est-à-dire qu'ils reversent dans la masse à partager, tout ce qu'ils ont reçu du défunt directement ou indirectement. Cependant, en dehors de toute clause préciputaire, c'est-à-dire en dehors du cas où le donateur a déclaré ex-

---

née dans une ordonnance de 1667 et serait actuellement inadmissible. En cas de vérification d'écriture, les experts ne sauraient conclure d'après une simple croix ou signe quelconque.

(20) Loi du 25 ventôse an XI, art. 9 : « 3° Les actes dans lesquels les parties ou l'une d'elles ne sauront ou ne pourront signer seront soumis à la signature d'un second notaire ou de deux témoins.

pressément vouloir avantager le donataire ([21]), la loi énumère certaines libéralités qui, pour des raisons diverses, sont dispensées du rapport. Ce sont « les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, etc. » (art. 852, C. civ.), de même les profits retirés « de conventions passées avec le défunt » (art. 853) ; « pareillement il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt à l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique » (art. 854).

Si donc l'acte de société est sous-seing privé, même sans fraude, les successibles devront rapporter à la succession les libéralités, présumées déguisées, qui leur ont été attribuées par les statuts, c'est-à-dire pratiquement tous les bénéfices retirés de la société ([22]).

L'application stricte de cette règle était très dure pour les héritiers associés, souvent de bonne foi, qui se trouvaient obligés de rapporter à la masse à partager (quelquefois avec d'autres cohéritiers moins actifs ou moins laborieux), le fruit de leur travail personnel pendant des années. Aussi la ju-

(21) Ce qui lui est possible pourvu qu'il n'entame pas la réserve.

(22) Cass., 26 janv. 1842 (S. 42-1-114) ; Dijon, 24 janvier 1866 (S. 66-2-196) ; Paris, 28 déc. 1854 (S. 55-2-344, D. P, 56-2-279) et 29 déc. 1858 (S. 59-1-600). — Dans ce sens : Aubry et Rau, t. VI, par. 631.

risprudence, déclare dans ce cas, que l'héritier n'a pas à rapporter les intérêts des apports qu'il justifie avoir effectués, qu'il s'agisse d'apports en espèces ou d'apports en nature (en travail et en industrie notamment). L'héritier se trouve « dans les mêmes conditions que le serait un étranger » ([23]). Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 854. Sera de même dispensée de rapport l'indemnité pour la participation de l'héritier aux affaires sociales ([24]). Cette indemnité n'est pas une libéralité au sens de l'article 8854, mais plutôt un enrichissement sans cause dont bénéficierait la succession.

Mais la jurisprudence va plus loin et décide que la dispense de rapport peut s'étendre à la *totalité des bénéfices* si les juges reconnaissent, en fait, que ces bénéfices ne sont pas des libéralités à l'héritier, mais la juste indemnité de son concours aux affaires sociales et les risques courus par ses capitaux ([25]). Il nous semble que cette façon de voir n'est plus conforme à l'article 854 qui devient, par le fait, lettre morte. La jurisprudence s'est pourtant efforcée dans plusieurs cas de conserver une valeur effi-

---

(23) Douai, 21 juin 1906 (D. P. 1908-2-225).

(24) Req. 29 déc. 1858 (D. P. 59-1-219); Req. 19 nov. 1861 (D. P. 62-1-139-140). Cette indemnité est laissée à l'estimation des juges, d'après les circonstances de la cause. Paris, 26 août 1868 (*Revue du Not.*, 68, 2267); Demolombe, t. XVI, n° 373 *bis*.

(25) Cass., 17 août 1864 (S. 65-1-121).

cace à l'article 854; elle a déclaré, dans ce sens, que rien ne peut remplacer l'authenticité ([26]). Ici la cause de dispense de rapport des libéralités serait, d'après cette jurisprudence, l'inexistence de ces libéralités.

Or c'est l'existence de ces libéralités, plus ou moins importantes, mais toujours réelles qui a motivé chez le législateur la précaution de soumettre la dispense de rapport de ces libéralités à deux conditions.

Et d'abord la société doit être faite « sans fraude », c'est-à-dire sans fraude aux droits des cohéritiers. Il y aurait fraude si le contrat renfermait un avantage indirect, résultant d'une convention entre le père et un de ses enfants sous un autre nom que celui de donation.

On peut imaginer des cas possibles d'avantages indirects à l'occasion des avantages particuliers prévus dans les sociétés par actions par les articles 4 et 24 de la loi du 24 juillet 1867 : Il y aurait fraude au sens de l'article 854 si un de ces avantages devant être attribué au père l'était à son fils d'après une convention entre eux. — Tel serait le cas d'une société anonyme où il serait fait apport par le père d'un brevet d'invention et où les statuts contiendraient une clause de ce genre : « En

(1) Paris, 28 déc. 1854, et Dijon 24 janv. 1866, cités plus haut, etc. Voir C. civ., art. 854, note Dalloz, 5-6-7.

échange de cet apport de M. X... (le père) il est attribué à M. Y... (l'un des fils) tant d'actions... et une somme de... en espèces. »

Dans ce cas, que l'acte soit sous-seing privé ou authentique le fils devra rapporter à la masse les actions, la somme en espèces, les bénéfices et les intérêts.

Prenons maintenant le cas d'un avantage particulier qui ne serait pas un avantage indirect, mais résulterait des règles normales du contrat de société et de ces règles seulement. Par *a contrario* de l'article 1853 du Code civil la part d'un associé dans les bénéfices peut être supérieure à la proportion de sa mise dans le fonds de la société. Ainsi dans une commandite par actions où le père et le fils seraient gérants, où le père aurait apporté 75.000 francs et l'un des fils 25.000: le père et ce fils auraient pu s'accorder une part égale dans les bénéfices.

Si l'acte de société est sous-seing privé et que cette libéralité soit prouvée, le fils devra rapporter à la succession tous les bénéfices qu'il a recueillis de la société, déduction faite des indemnités pour son travail personnel, ou des intérêts de ses apports. Mais nous ne pensons pas, qu'il y ait possibilité, pour certaines raisons de fait, à dispenser du rapport la totalité de ces bénéfices. Et c'est sur ce point que nous différons, dans notre façon de voir, de la jurisprudence.

Mais si la seconde condition imposée dans l'article 854 est réalisée, c'est-à-dire si l'acte est authentique le fils conserve tous les bénéfices qu'il a recueillis de la société : il n'y aura pas lieu à rapport.

C'est dans un esprit de méfiance que le législateur a pris cette double précaution. Nous savons qu'il est facile, dans un contrat de société, de consentir une libéralité ou un avantage au profit d'un associé. Si cet associé est l'héritier de celui qui accorde cet avantage, le principe de l'égalité entre cohéritiers intestat peut être violé. D'autre part, le défunt a pu vouloir avantager un des héritiers par une clause de dispense de rapport. Mais l'héritier n'a pas le droit de se l'octroyer de lui-même et d'interpréter à son avantage la volonté du donateur, faisant passer un avancement d'hoirie ordinaire pour une libéralité dispensée de rapport. L'héritier n'a pas encore le droit de dissimuler à son profit des avantages spéciaux qu'il a pu recueillir du *de cujus*. Or un acte de société sous-seing privé, se prête à merveille à ces fraudes. C'est pourquoi, dans ce cas, la loi établit une présomption défavorable pour l'acte sous-seing privé et prescrit la forme authentique.

L'acte authentique présente un double avantage : d'abord par la présence du notaire et la solennité du contrat, il dissipe le doute sur l'intention du *de*

cujus de dispenser ou non du rapport l'avantage qu'il consent. De plus, les qualités de la forme authentique pour la conservation de l'acte, la valeur de la date et les signatures, évitent les possibilités de dissimulation de la part de l'héritier.

Cette précaution de la loi, est le résultat de principes qui dominent notre droit successoral et nous regrettons la tendance juri-prudentielle qui. faisant abus de l'article 1853 du Code civil, diminue la garantie de l'article 854 au point de le rendre pratiquement illusoire.

L'article 854 est cependant précis et si un notaire devait recevoir des statuts authentiques où se présenterait ce cas, il serait de son rôle et de son devoir professionnel d'attirer l'attention des parties sur la portée de leur acte.

3° *Si l'acte confère le pouvoir de constituer hypothèque ou de consentir et signer mainlevée d'hypothèque sur les immeubles sociaux.* — Ici la forme authentique était obligatoire. Elle ne l'est plus depuis la loi du 1er août 1893, article 6, qui a ajouté à la loi du 24 juillet 1867 l'article 69, aux termes duquel « il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous-seing privé ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte ».

Nous mentionnons seulement ce cas et signalons

qu'il résultait du principe que « le mandat donné pour passer un acte doit avoir la même forme que l'acte qu'il a pour objet ». Principe qui a motivé de nombreux arrêts de jurisprudence.

La loi de 1893 a établi cette dérogation parce qu'il « en résultait une augmentation de frais et surtout de complications telles que, dans certaines sociétés, il devenait presque impossible de constituer une hypothèque inattaquable ». Ces motifs étaient-ils suffisants pour nécessiter une telle dérogation ? Quand l'hypothèque constituée était attaquable, elle l'était souvent volontairement au préjudice des créanciers sociaux. Ne suffisait-il pas simplement alors de rendre la société et le notaire responsables de ce préjudice ?

4° *S'il est fait apport d'un brevet d'invention.* — C'est ici le cas le plus fréquent d'intervention forcée du notaire. La société en commandite par actions ou anonyme sont les moyens les plus avantageux d'exploiter une découverte nécessitant la mise en œuvre de capitaux importants. L'auteur d'une découverte y aura naturellement recours. Plus souvent des hommes d'affaires audacieux achètent ce brevet et l'exploitent en société.

Mais les inventeurs souvent sans ressources ou tout au moins dépourvus de l'appétit du gain, sont la proie facile de capitalistes plus avisés. Il convenait que le législateur prit à leur égard des mesures

de protection. C'est une de ces mesures qui motive ici l'intervention du notaire.

Aux termes de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, modifiée par la loi du 26 décembre 1908 : « Tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet.

« La cession totale ou partielle d'un brevet, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ne pourra être faite que par acte notarié... Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée à la Préfecture du département dans lequel l'acte a été passé. L'enregistrement des cessions et de tous autres actes emportant mutation sera fait sur la production et le dépôt d'un extrait authentique de l'acte de cession ou de mutation.

« Une expédition de chaque procès-verbal d'enregistrement, accompagnée de l'extrait de l'acte ci-dessous mentionné sera transmise par les préfets au ministre de l'agriculture et du commerce... »

La forme authentique est donc requise lorsqu'il y a cession totale ou partielle du brevet. Elle ne le sera pas lorsque le breveté, conservant la nue propriété de son brevet n'en fait à la société apport que de la jouissance. — Cet apport en jouissance est, en somme, une licence d'exploitation exclusive et irrévocable au profit de la société. Telle est l'opinion unanime de la jurisprudence et de la doctrine.

Cependant cet apport en jouissance présente souvent des caractères qui le rapprochent tellement d'un apport en propriété ou au moins en usufruit que nous serions portés à y voir la nécessité de l'acte notarié : par exemple quand la jouissance est cédée pour toute la durée de ce brevet, ou pour la durée de la société, si à cet apport s'ajoutent la faculté de cession du brevet, le droit de poursuivre les contrefacteurs et d'en recouvrer les indemnités, le droit de concéder des sous-licences, etc. Il nous semble qu'en théorie le breveté ne conserve même plus le *jus abutendi* seul élément de la nue-propriété. L'apport en jouissance faisant naître entre l'apporteur et la société des rapports analogues à ceux que fait naître le bail, on devrait, en principe, appliquer les règles qui régissent le bail. Or s'il s'agit d'immeubles et que le bail soit consenti pour plus de dix-huit années, la transcription est nécessaire. Ne doit-on pas, par analogie, étendre cette règle aux brevets d'invention, conclure à la nécessité de l'enregistrement qui joue le même rôle, nous le reverrons, que la transcription, et en déduire la nécessité de la forme authentique ?

Que décider maintenant dans le cas où le brevet fait l'objet d'un apport en propriété ?

Ici nous relevons une divergence d'opinions entre la jurisprudence et la doctrine.

La jurisprudence, formelle sur ce point, estime

que l'apport en société d'un brevet ne peut être assimilié à une cession de brevet et que, par suite, l'article 20 n'est pas applicable. L'apport en société n'est pas assimilable à une cession puisque les objets composant l'actif d'une société appartient indivisément à tous les associés et ne fait pas partie « d'un patrimoine nouveau distinct de celui de l'associé » ([27]).

Nous pensons au contraire, avec la presque unanimité de la doctrine ([28]) qu'il paraît difficile de soutenir cette façon de voir. La personnalité morale des sociétés commerciales n'a jamais été contestée par les tribunaux. Le droit civil admet que l'apport en propriété opère un transfert de propriété de l'apporteur à la société, être moral. Même en admettant, avec la jurisprudence, que l'apport ne fait pas perdre à l'associé la propriété ou l'objet de cet apport, mais transforme simplement son droit de propriété antérieur en un droit de copropriété, l'article 20 devrait encore s'appliquer puisqu'il vise aussi bien la cession totale que la cession partielle. « Or, on ne peut refuser de voir

(27) Cass., 22 mars 1898 (J. S., 1899, p. 13). — Cass., 24 mars 1864 (S. 64-1-374); — Cass., 24 nov. 1866 (D. 68-5-43); Req., 19 juin 1882 (S. 83-1-17); Cass., 11 mars 1911 (J. S., 1912-58).

(28) Pont, n° 259. — Lyon-Caen et Renault, n°s 21 et 184; — Baudry et Wahl, n° 176; — Arthuys, n° 53; — Houpin et Bosvieux.

une cession partielle dans un apport, dont l'effet est au moins de réduire un droit de propriété en un simple droit de co-propriété; les prescriptions de la loi du 5 juillet 1844 doivent donc être suivies» ([29]).

Nous pouvons encore renforcer cette opinion par une autre raison tirée de la jurisprudence elle-même qui paraît se contredire. En effet, dans l'arrêt du 19 juin 1882, la Cour de Cassation refuse au breveté apporteur le droit de s'opposer à la vente du brevet opérée par un liquidateur à la dissolution de la Société. Cette décision laisse entendre qu'un liquidateur a le droit de procéder seul à cette vente. C'est donc que la Société est seule propriétaire de ce brevet, que les associés n'ont pas un droit de propriété indivis (contrairement à la décision de ce même arrêt), et que par suite l'apporteur est dépouillé de son droit de propriété. La forme authentique s'impose donc.

Elle s'impose d'autant plus que si l'acte n'est pas authentique, il ne peut être procédé aux formalités d'enregistrement « au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé ». Cette formalité, selon nous, qui a pour but d'avertir les tiers de la cession du brevet, s'impose même si l'on admet que l'apport en propriété

---

(29) Jules Scordel. Les apports en nature dans les sociétés par actions (thèse, Sirey, 1930).

d'un brevet n'est pas une cession. L'enregistrement au secrétariat de la préfecture joue un rôle analogue à celui de la transcription en matière immobilière. Or, l'acte où il est fait apport en propriété d'un immeuble à une société doit être transcrit. Par analogie ne doit-on pas soutenir que l'acte où il est fait apport en propriété d'un brevet d'invention doit être enregistré ? Nous citons un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 11 mars 1884 ([30]). « ... En décidant que la cession d'un brevet d'invention doit être enregistré au secrétariat de la préfecture pour être valable à l'égard des tiers, l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 n'a introduit aucune distinction entre le cas où il s'agit d'un apport en société et celui où il s'agit d'une cession faite directement à un acquéreur. » Or cet enregistrement aux termes de la loi porte sur l'extrait d'un acte authentique.

Nous concluons donc à la nécessité de la forme authentique.

C'est du reste encore en ce sens que se prononce l'Administration. Elle exige un acte notarié d'après une circulaire du Ministre de l'Agriculture et du Commerce du 30 décembre 1865 aux Préfets, sur la cession de propriété des brevets ([31]).

---

(30) Cf. dans ce sens : Seine, 15 juillet 1895 (J. S., 96, p. 473).

(31) « Quand la propriété d'un brevet est cédée par un particulier à une société ou apportée par un particulier

Le rôle du notaire sera donc de recevoir les statuts et de leur conférer la forme authentique. En ce qui concerne le brevet, son rôle légal se limite à rédiger en bonne forme les conventions des parties à ce sujet. Mais il peut recevoir des fondateurs mandat de vérifier la qualité du brevet ou du moins sa validité. Il devra s'enquérir auprès de spécialistes des causes de nullité du brevet ou de sa déchéance (non-paiement des annuités, défaut d'exploitation en France pendant deux ans, etc...). Il devra en tous cas agir avec prudence et, en cas de doute, insérer une clause portant que l'apporteur garantit seulement l'existence du brevet et non sa validité. Le notaire ne saurait se charger d'estimer la valeur commerciale du brevet, il devra s'en remettre aux conventions des fondateurs. Le plus souvent il se chargera d'accomplir les formalités ([32]) prévues par l'article 20 de la loi de 1844, de même

---

dans une société dont il fait partie, la cession doit, comme lorsqu'il s'agit d'une transmission faite par un particulier à un autre particulier, être constatée par acte notarié, après le paiement de la totalité de la taxe et enregistrée au Secrétariat de la Préfecture pour être valable à l'égard des tiers. »

(32) Cette formalité consiste à déposer au Secrétariat de la Préfecture du département où l'étude est située :

Un extrait authentique de l'acte; un récépissé de paiement de la dernière annuité échue autre que la première; un récépissé du receveur général établissant le versement du complément de la taxe; un procès-verbal de ce dépôt sera dressé. Les autres formalités sont à la charge de la Préfecture.

qu'il se charge de la transcription des ventes d'immeubles qu'il reçoit. Il se gardera de commettre une faute, sa responsabilité étant, ainsi que nous le verrons, diversement engagée.

Le rôle du notaire, en matière de réduction des statuts est donc plus actif que ne le laisse présumer la loi de 1867. Le législateur ne pourrait-il ériger en prescription légale cette pratique de s'adresser au notaire et de choisir la forme authentique ? De nombreuses irrégularités seraient ainsi évitées. Les intérêts des actionnaires et des tiers sont, en matière de société par actions, assez importants, pour que leur sauvegarde justifie cette réforme. Le législateur agirait ainsi en conformité avec le but qu'il se propose. Le notaire reviendrait à son vrai rôle qui est de conférer l'authenticité aux actes qu'il reçoit et qui renferment les conventions des parties. Et serait-ce un fait anormal qu'une règle de coutume devienne une règle de Droit écrit ?

CHAPITRE II

SOUSCRIPTION ET VERSEMENT DU CAPITAL SOCIAL

Les statuts étant dressés, ou au moins rédigés sous forme de projet, il est procédé à la souscription des actions composant le capital social et au verse-

ment par les souscripteurs de la totalité ou d'une partie, le quart au moins, du montant des actions souscrites.

Ces formalités sont généralement confiées à des hommes d'affaires, des banquiers ou des syndicats spéciaux.

La souscription étant un acte de commerce, malgré que cette question soit l'objet de controverses, le notaire ne doit pas s'en occuper. Et si, par ses relations il y était porté, il devra prudemment observer, sous peine de sanctions disciplinaires, l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 (1).

Cependant, et la chose est fréquente dans la

(1) « Art. 12. — Il est interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement :

« 1° De se livrer à aucune spéculation de commerce, banque, escompte et courtage;

« De s'immiscer dans l'administration d'aucune société, entreprise ou compagnie de finances, de commerce ou d'industrie;

« 3° De faire des spéculations relatives — à la cession — d'actions industrielles et autres droits incorporels.

« 4° De s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère;

« 5° De placer en leur nom personnel des fonds qu'ils auraient reçus, même à la condition d'en servir l'intérêt;

« 6° De se constituer garants ou cautions, à quelque titre que ce soit, des prêts qui auraient été faits par leur intermédiaire ou qu'ils auraient été chargés de constater par acte public ou privé;

« 7° De se servir de prête-noms en aucune circonstance, même par des actes autres que ceux désignés ci-dessus. »

pratique, si le capital social n'est pas très important, le notaire peut être choisi comme dépositaire des fonds de versement. Rien ne s'y oppose (2). Il devra alors observer les règles du décret du 30 janvier 1890 (3).

Il importe de mettre au point quelle est la situation juridique du notaire, à cette occasion, à l'égard des fondateurs et des souscripteurs. Cette question

---

(2) Lyon, 25 avril 1885 (*Revue des Sociétés*, 1886, 376).

(3) « Article premier. — Il est interdit aux notaires :

« 1° De recevoir ou conserver des fonds à charge d'en servir l'intérêt;

« 2° D'employer, même temporairement, les sommes ou valeurs dont ils sont constitués détenteurs à un titre quelconque, à un usage auquel elles ne seraient pas destinées;

« 3° De retenir, même en cas d'opposition, les sommes qui doivent être versées par eux à la Caisse des dépôts et consignations dans les cas prévus par les lois, décrets ou règlements.

« Art. 2. — Les notaires ne peuvent conserver durant plus de six mois les sommes qu'ils détiennent pour le compte de tiers, à quelque titre que ce soit.

« Toute somme qui, avant l'expiration de ce délai, n'a pas été remise aux ayants-droit sera versée par le notaire à la Caisse de dépôts et consignations.

« Toutefosi, les notaires peuvent conserver ces fonds pour une nouvelle période n'excédant pas six mois sur la demande écrite des parties intéressées...

« Art. 3 (Décret du 16 mars 1931). — Chaque notaire doit tenir une comptabilité...

« Chaque notaire est tenu, pour toutes les sommes par lui encaissées, de donner un reçu extrait d'un carnet à souche... »

est d'un intérêt primordial pour établir envers qui et comment il engage sa responsabilité, dans l'hypothèse de la perte des fonds déposés entre ses mains.

Dans ses rapports avec les souscripteurs, on pourrait voir, au premier abord un contrat de dépôt. Mais ce dépôt est fait avec mandat spécial d'en faire un emploi déterminé. Cet emploi est nettement indiqué sur le bulletin de souscription déposé chez le notaire en même temps que le montant du versement. Il faut donc y voir un mandat ([4]).

Dans ses rapports avec les fondateurs, le notaire agit aussi en vertu d'un mandat, mandat de recevoir les versements pour eux et en leurs noms ([5]) et de les restituer, après sa constitution, à la société dont ils sont les gérants d'affaire.

Qu'arrivera-t-il donc si les fonds disparaissent chez le notaire avant la constitution de la société ou en cas de non-constitution ?

D'après certains auteurs ([6]) la perte des fonds incombe à la société. La société, disent-ils, a existé au moins virtuellement vis-à-vis des souscripteurs du jour de la souscription. Elle a acquis la propriété des versements. C'est elle qui doit supporter la

---

(4) Cass., 31 décembre 1812 (Dalloz, dépôt 11-7°).

(5) Paris, 18 janvier 1834 (Dalloz, dépôt 11-4°, Notaire, 352).

(6) Lyon-Caen et Renault. N° 701 *bis;* — Thaller et Pic. N° 910.

perte : *res perit domino.* C'est elle qui devrait alors poursuivre le notaire.

D'autres auteurs (7) prétendent que cette opinion n'est pas fondée. La société n'est constituée qu'après l'accomplissement de toutes les formalités (loi de 1867, article 25) et sans effet rétroactif. N'étant pas encore propriétaire des apports, elle n'aurait pas à en supporter la perte. Cette perte reste à la charge des souscripteurs qui doivent en demander compte directement au notaire.

Toute la controverse porte, on le voit, sur la nature du lien de droit entre souscripteurs et fondateurs, avant la constitution de la société.

Personnellement nous ne pensons pas devoir admettre l'existence virtuelle de la société, et pas davantage le fait que, la société n'existant pas, les fondateurs ne soient pas solidairement tenus de la perte des fonds. Nous estimons qu'il faut distinguer très nettement la souscription et le versement, c'est-à-dire qu'il ne faut pas seulement voir dans le versement partiel l'exécution partielle du contrat de souscription. Le contrat de souscription fait naître entre les parties une obligation conditionnelle. Ces souscripteurs sont engagés vis-à-vis des fondateurs stipulant comme gérants d'affaire de la société, sous la condition suspensive de la consti-

(7) Houpin et Bosvieux. N° 540; — Arthuys. N° 335.

tution de cette société. Mais cet engagement ne porte que sur le versement du montant de l'action restant dû.

Quant au versement partiel, nous ne croyons pas qu'il soit affecté de cette condition suspensive puisque ce versement est une étape obligatoire dans la constitution de la Société. (Le législateur l'a imposé pour assurer les fondateurs de la confirmation des contrats de souscription et de la solvabilité des souscripteurs, pour constituer aussi à la société des ressources indispensables à ses premières opérations.) Il est juste que la perte de ce versement soit à la charge de ceux qui prennent l'initiative de cette constitution, qui s'en portent fort puisqu'ils ont fixé le montant de ce versement partiel et choisi la personne qui doit le détenir.

Donc les fondateurs seraient solidairement responsables, vis-à-vis des souscripteurs, à moins de clauses contraire dans les statuts, de la perte des fonds versés. Il ne faudrait donc retenir que le mandat liant notaire et fondateurs, et en conclure que le notaire engage sa responsabilité vis-à-vis des fondateurs et selon les règles du mandat.

CHAPITRE III

DÉCLARATION NOTARIÉE DE SOUSCRIPTION ET VERSEMENT

Après la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque souscripteur de la somme exigée par la loi et les statuts, la législation des sociétés par actions prescrit que cette souscription et ce versement doivent être constatés par une déclaration dans un acte notarié (1).

Cette formalité est la seule dans la constitution des sociétés par actions où la loi exige l'intervention du notaire. Ainsi que nous l'avons vu dans la partie préliminaire, elle a été imposée en 1856 aux sociétés en commandite par actions pour mettre obstacle à certaines fraudes, et étendue pour la même raison en 1867 aux sociétés anonymes. Cette formalité, disent certains juristes, s'avère insuffisante pour empêcher ces fraudes, c'est une complication inutile et coûteuse qu'il faut supprimer (2). Avant

---

(1) Loi du 24 juillet 1867, article premier, §§ 2 et 3, et article 24.

(2) MM. Lacour et Bouteron : « ... Il est permis de penser que cette prescription légale présente en définitive plus d'inconvénients que d'avantages. »

M. Boistel : « La forme notariée ne paraît pas avoir une grande utilité. »

d'adopter cette façon de voir, nous estimons qu'il faut examiner quel est le véritable but de la déclaration notariée, comment elle se réalise dans la pratique.

Section I.

But de la déclaration notariée.

Le régime de liberté en matière de souscription et de versement, qui a précédé la loi du 17 juillet 1856, favorisait certaines fraudes dont les plus courantes (3) étaient la fictivité du capital nominal de la société et sa souscription incomplète. Les fondateurs pouvaient annoncer un capital énorme inspirant confiance aux souscripteurs et aux créanciers

Les souscripteurs n'hésitaient pas : le montant nominal des actions était minime et le versement du début insignifiant.

MM. Lyon-Caen et Renault : « ... Aussi peut-on trouver que cette déclaration notariée n'a pas une réelle utilité et a le double inconvénient d'induire le public en erreur... et de donner lieu à des frais élevés... »

(3) Nous signalons, quoiqu'en dehors de notre sujet, une fraude indiquée dans l'exposé des motifs de la loi de 1856, qui est encore pratiquée de nos jours, et contre laquelle les mesures de protection de la loi sont encore insuffisantes. Il s'agit de « l'exagération des apports en nature » qui procure aux apporteurs un enrichissement immédiat au préjudice des autres associés.

La société était constituée sans que la totalité des actions soit souscrite et pouvait commencer ses opérations.

Les créanciers sociaux ne pouvant savoir quelle fraction du capital avait été versée, comptaient sur les appels de fonds et sur l'obligation personnelle des souscripteurs de payer le non-versé. Mais la forme au porteur des actions non entièrement libérées rendait difficile et pratiquement impossible la recherche des personnes tenues de cette obligation (4).

Il en résultait ce que signalait M. Langlais, rapporteur de la loi de 1856. « ... L'entreprise prend ainsi aux yeux du public une apparence trompeuse de vitalité, on marche, on attend vainement des capitaux qui ne viennent pas et l'on va, de déception en déception, jusqu'à la ruine et la faillite. »

A ces maux le législateur apporta le remède que nous savons : fixation du taux minimum des actions; souscription de la totalité du capital social et

(4) Une autre pratique fréquente que cet état de chose permettait était celle des « coureurs de primes ». Ces derniers souscrivaient un nombre important d'actions, parfois la totalité : ils n'avaient presque rien à débourser, revendaient ces titres après avoir prélevé une prime sur le montant nominal; ils abandonnaient ensuite actionnaires et société.

versement d'une partie de chaque action fixée par la loi et les statuts (5) ; enfin le caractère nominatif des actions non libérées (6).

A l'appui de ces règles, le législateur posa ensuite des sanctions civiles et pénales : nullité de la société (article7). Responsabilité des membres du premier conseil de surveillance et des gérants (article 8) ou des fondateurs (art. 12), amendes de 500 à 10.000 francs (articles 13, 14, 15, 16, 45).

Mais il vaut mieux prévenir que punir. Et le fait d'établir des sanctions pour le cas où ces règles seraient violées, ne dispensait pas le législateur d'édicter une mesure préventive pour éviter que ces règles soient violées et que ces sanctions forcément très sévères soient appliquées.

---

(5) Loi du 24 juillet 1867 : « Article premier. Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital social en actions ou coupures d'actions de moins de 25 francs lorsque le capital n'excède pas 200.000 francs, de moins de 100 francs lorsque le capital est supérieur à 200.000 francs. Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui, lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs, et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 francs et au dessus. »

(6) Même loi, article 3, aliéna 1er : « Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération. » — Art. 24 : « Les dispositions des articles 1er, 2, 3 et 4 de la présente loi sont applicables aux sociétés anonymes. »

Cette mesure préventive c'est la déclaration notariée. « Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié », dit la loi de 1867, « afin de prévenir autant que possible les simulations » (7).

Assurer la réalité de la souscription et les versements, tel est donc le premier but de la déclaration notariée.

D'autre part, la souscription et le versement sont les faits matériels. Puisqu'ils sont exigés pour la constitution de la société, il fallait qu'ils soient prouvés d'une façon formelle.

La simple déclaration par le gérant ou les fondateurs, même devant un notaire, n'était pas une preuve suffisante. Surtout quand les déclarants sont *a priori* supposés animés d'un désir de fraude et trop rompus à la pratique des affaires pour « céder » devant un officier public (8).

Pour cette raison, le projet de loi « prescrivait que la réalisation fut constatée par un acte notarié » après des recherches effectuées par le notaire lui-même, sous sa responsabilité personnelle, sur la capacité et l'identité des souscripteurs, sur la réalité

---

(7) Exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1856.

(8) Lyon-Caen et Renault, N° 238; — Lacour et Bouteron, I, N° 440.

des versements (9). C'était imposer au notaire une tâche trop rude et aux sociétés des frais de constitution trop élevés.

On a confié ce soin aux fondateurs et aux gérants qui en feront « la déclaration dans un acte notarié ».

Mais, pour donner au notaire un moyen de contrôle, à cette déclaration doivent être « annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous-seing privé, et une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration ».

Ces précautions supplémentaires avaient pour but non seulement de permettre le contrôle de la déclaration des gérants ou des fondateurs, qui aurait été sans cela une preuve illusoire de la réalisation des faits déclarés, mais encore de conserver la liste des premiers souscripteurs et les statuts.

La conservation de la liste des premiers souscripteurs était d'autant plus indispensable avant la réforme de 1893 que ces souscripteurs ou leurs héritiers restaient tenus pendant trente années même après la vente des titres, de la dette du montant non versé. Actuellement cette précaution présente moins d'intérêt, mais n'est pas inutile puis-

---

(9) Rapport précité de M. Langlois au Corps législatif.

que les appels de fonds étant adressés aux actionnaires actuels, les souscripteurs et cessionnaires intermédiaires sont tout de même solidairement tenus de cette dette pendant « deux ans après la cession » ([10]).

Quant au dépôt pour minute des statuts, c'est une précaution indispensable pour la conservation du pacte social. Nous savons que la forme authentique était exigée, avant la loi de 1867, pour les statuts des sociétés anonymes, dans le même but de conservation. On ne pouvait, pour donner aux fondateurs plus de liberté de rédaction, supprimer purement et simplement cette prescription, sans assurer par un autre moyen la conservation de l'acte et la garantie de non altération, que les actionnaires son en droit d'exiger. Le dépôt pour minute est une excellente solution.

Certaines critiques sont adressées à cette formalité accessoire de la déclaration notariée : elle est inutile, dit-on, puisque le dépôt obligatoire des statuts dans les greffes des tribunaux de commerce et de justice de paix suffit à assurer la conservation du pacte social. De plus, elle n'a aucun rapport avec la déclaration notariée.

A la première objection il faut répondre que les actes déposés dans les greffes ne sont que des copies

---

(10) Loi du 24 juillet 1867, art. 3, al. 5 et 6.

destinées à la publicité, que les actes ne sont pas signés des fondateurs, mais simplement des personnes chargées de la publicité. Enfin, cette formalité a lieu après la constitution définitive de la société et il serait très facile entre la constitution et la publication de modifier certaines clauses des statuts. Il ne resterait pour seul témoin que l'acte original déposé au siège social. Mais les fondateurs auraient pris la précaution élémentaire de substituer à cet acte original un autre acte conforme à ceux qui auraient été déposés dans les greffes, afin d'éviter la nullité de la société pour défaut de publicité.

Quant à son rapport avec la déclaration proprement dite, nous estimons que le législateur, dans une pensée de simplification des formalités, a réuni dans une même formalité tous les actes où il prescrivait obligatoirement l'intervention du notaire. C'est là, nous semble-t-il qu'il faut voir le lien qui réunit le dépôt pour minute et la déclaration notariée au sens strict.

Quels sont, en résumé, les buts assignés par le législateur à la déclaration notariée ? D'une part, assurer la réalité de la souscription du capital social et les versements et en fournir la preuve. D'autre part, assurer la conservation de la liste des premiers souscripteurs et garantir le pacte social des possibilités d'altération.

Il nous reste à voir, dans l'étude de sa réalisation pratique si la déclaration notariée répond *à ces fins.*

Section II.

Étude pratique de la déclaration notariée.

§ 1^er^ — *Objet de la déclaration.*

Le rôle légal du notaire consiste à donner acte aux déclarants de leur déclaration de souscription et de versement et à joindre à la minute de cet acte la liste des souscripteurs, l'état de leurs versements, un original ou une expédition des statuts (si toutefois ces statuts ne sont pas déjà au rang de ses minutes).

La déclaration porte sur les actions souscrites et payables en espèces et seulement sur ces actions. Les termes « ... souscription... et versement en espèces » de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 sont très nets.

Nous pouvons en conclure qu'il n'y a pas lieu à déclaration quand la totalité du capital social est représenté par des actions d'apport intégralement libérées, sans qu'il y ait eu de versements « en

espèces » ([11]). Cette hypothèse peut se concevoir dons le cas d'une société en nom collectif dont les membres désirent s'affranchir de la responsabilité personnelle et solidaire des dettes sociales en adoptant l'anonymat. Mais il est plus avantageux dans ce cas d'adopter la forme à responsabilité limitée instaurée par la loi du 7 mars 1925 ([12]).

Souvent l'anonymat sera choisi non seulement pour limiter la responsabilité, mais aussi pour augmenter le capital social et développer l'entreprise. En plus des actions d'apport, il y aura émission d'actions en numéraire. Dans ce cas, il y a lieu à déclaration, mais cette dernière ne portera que sur la souscription et le versement des actions de numéraire seulement.

La même solution doit être adoptée à propos des actions mixtes, c'est-à-dire des actions attribuées en représentation d'apports en nature et libérées partie

---

(11) Voir plus haut, p. 32, note 4.

(12) Cass., 26 avril 1880, S. 81-1-15. — Note Labbé : « Le seul fait de l'indication d'un capital en argent, d'un capital à recueillir laisse place à un doute. Pour ce capital espéré, avez-vous des souscripteurs ? Qu'ont-ils déjà versé ? Déclarez ce fait. Au contraire, l'indication dans l'acte de société que le capital de la nouvelle société et la réunion de biens déjà acquis à des sociétés antérieures ne laisse place à aucun doute du même genre : donc elle dispense de toute déclaration supplémentaire: on sait que tout le capital de la société est acquis, tous les apports sont réalisés, que la société n'a qu'à naître pour avoir tout le fonds social que ses statuts lui destinent. »

en nature et partie en espèces. Ces actions présentent à la fois les caractères des actions d'apport et des actions de numéraire; elles doivent observer les règles des actions d'apport (libération intégrale avant la constitution de la société, vérification de l'apport dans la première Assemblée générale et négociabilité deux ans après la constitution) et celles des actions de numéraire (déclaration de souscription et versement). Une tendance de la jurisprudence ([13]) consiste à dispenser de toutes les formalités constitutives une société dont le capital a été souscrit par un petit groupe de personnes, sans appel au public. Qu'on puisse dispenser une telle société de l'assemblée constitutive pour vérifier la souscription et le versement du capital, ainsi que la valeur des apports, nous le concevons fort bien. Cette formalité a pour but essentiel la protection des actionnaires dans leurs rapports entre eux, or ici ils ont déjà connaissance des faits auxquels ils ont collaboré personnellement. Il n'y a pas de place à un doute. Mais nous ne croyons pas qu'on puisse étendre cette façon de voir à la déclaration notariée. Cette formalité a pour but principal la protection

---

(13) Nîmes, 17 juin 1885 (S. 88-1-449); Seine, 21 mars 1892 (D. P. 92-2-325); Cass., 26 avril 1880 précité.

des tiers, futurs créanciers de la société. Qu'est-ce qui pourrait assurer à ces derniers la réalité de la souscription et du versement ? ([14]).

En résumé, la déclaration ne porte pas sur les actions d'apport, mais sur les actions de numéraire seulement; elle s'impose dans tous les cas où il y a versement en espèces sans distinguer s'il a été fait ou non appel au public.

§ 2. *Les Déclarants.*

A) *Qualité.*

Quelles sont les personnes chargées de faire cette déclaration ? Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une société en commandite ou d'une société anonyme.

Pour la société en commandite, cette charge incombe au gérant ([15]). Une difficulté surgit dans le cas où les statuts prévoient plusieurs gérants. Faudra-t-il que tous les gérants signent la déclaration, ou suffira-t-il qu'elle soit faite par l'un d'entre eux ? Cette question est l'objet d'une controverse.

---

(14) Et qu'est-ce qui assurerait l'immutabilité du pacte social, dans l'intérêt des actionnaires et des tiers, puisque l'absence de déclaration notariée entraîne celle de l'annexe des statuts. Voir plus haut, p. 32, note 4.

(15) Loi du 24 juillet 1867, article 1[er], alinéa 3.

Certains auteurs ([16]) estiment que la déclaration notariée étant un acte d'administration, l'un des gérants peut s'en charger, par application de l'article 1857 du Code civil, à moins que dans les statuts « leurs fonctions soient déterminées » et qu'il y « ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre ». Cette façon de voir suppose qu'il existe déjà une société entre gérants puisque l'article 1857 concerne les « associés »; or, ici, la Société n'est pas encore constituée et la société virtuelle présumée n'est qu'une hypothèse théorique. Nous estimons que le mot « gérant » au singulier de la loi de 1867 est un terme générique qui comprend « tous les gérants », s'ils sont plusieurs, et donc que la déclaration doit être faite par le gérant ou les gérants désignés dans les statuts ([17]).

Par contre, la déclaration n'est pas à la charge d'un fondateur de société en commandite, si ce fondateur, ce qui est rare, n'est pas aussi gérant.

En matière de société anonyme, « la déclaration... est faite par les fondateurs » ([18]). Mais faut-il la déclaration de tous les fondateurs ou de certains d'entre eux seulement, voire même d'un seul ? M. Whal déclare qu'il suffit de la déclaration d'un seul fondateur, et que l'opinion contraire entraîne-

(16) Copper (Rover). Traité des sociétés anonymes, 1925.
(17) Houpin et Bosvieux. N° 545.
(18) Loi du 24 juillet 1867, article 24, alinéa 2.

rait de trop graves conséquences — peu de déclarations étant dans la pratique signées de tous les fondateurs. Le tout est de s'entendre sur la vraie signification du mot fondateur. Nous allons revenir sur cette question. Quant à M. Copper Royer, il donne la même solution, mais une autre raison. Il existe, dit-il, entre fondateurs une véritable société, et rien ne s'oppose à ce que l'un d'entre eux se charge séparément, d'un acte d'administration comme la déclaration notariée. Nous avons déjà réfuté cet argument.

Nous estimons avec la majorité des auteurs que la déclaration doit être faite par tous les fondateurs, ou par le seul fondateur, évidemment, s'il n'y en a qu'un. Mais encore faut-il donner une définition précise du mot fondateur. Nous ne la trouvons dans aucun texte de loi.

La Jurisprudence interprète différemment selon qu'il s'agit de la déclaration notariée (article 24) ou de la responsabilité encourue en cas de nullité (article 42).

En matière de responsabilité, la jurisprudence donne un sens très large au mot fondateur, et en qualifie « ceux qui ont concouru à dresser les statuts, à solliciter des adhésions ou des souscriptions » ([19]). « C'est ainsi que les tribunaux pour-

(19) Req., 21 juillet 1890, D. P. 91-1-270.

ront attribuer la qualité de fondateur aux véritables initiateurs de l'entreprise qui ont pris soin de se dissimuler et n'ont rempli aucun rôle apparent dans la constitution de la Société, notamment au banquier émetteur qui... a fait une propagande active et frauduleuse... et a provoqué la réunion des assemblées constitutives » ([20]). Il est juste, en effet, de rendre responsable toute personne ayant joué un rôle actif dans la formation et l'organisation de la Société ([21]). Mais si ces personnes devaient, sous peine de nullité de la Société, faire la déclaration, bien peu de sociétés pourraient se déclarer inattaquables et ainsi se justifierait l'opinion précitée de M. Wahl.

En matière de déclaration notariée, la jurisprudence donne la qualité de fondateur aux personnes qui ont joué un rôle actif dans la constitution de la société et qui, de plus, ont affirmé cette qualité, par exemple en contribuant à l'élaboration et à la signature des statuts. Toutefois, il peut se faire que des personnes aient dû signer les statuts, sans pour cela affirmer leur qualité de fondateurs. Tel est le cas des apporteurs en nature à la société qui auraient signé les statuts mais n'auraient pris aucune part à l'organisation sociale et auraient simplement accepté les

(20) Houpin et Bosvieux. N° 546, note.

(21) C'est de cette même raison que nous avons déduit la responsabilité des fondateurs en matière de perte des fonds versés par les souscripteurs. Voir plus haut, p. 63.

conditions offertes par les fondateurs. Ces personnes ne sauraient être déclarées fondateurs, ni au sens large de l'article 42, ni au sens plus restreint de l'article 24. Il sera même prudent dans la pratique, que de telles personnes « interviennent » simplement aux statuts pour consentir et réaliser leurs apports et évitent d'y affirmer par erreur la qualité de fondateurs ([22]).

Encore faut-il une autre condition : être « associés » c'est-à-dire souscripteur ou attributaire d'actions. Toutefois la jurisprudence n'a pas toujours estimé cette seconde condition indispensable. Par contre, la majorité des auteurs pense le contraire, conformément à l'exposé des motifs de la loi de 1863, qui exprime l'intention du législateur : « Le sens du mot fondateur n'est point déterminé par un texte formel. Mais dans la pratique personne ne se méprendra sur les personnes qu'il désigne. Une société, surtout une société nombreuse, ne se forme point par le consentement spontané de tous ses membres; l'idée première appartient toujours à une ou à quelques personnes qui, après l'avoir suivie, cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent les adhésions, elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à

(22) Houpin et Bosvieux. N° 546.

ceux qui ont droit au second. Un individu qui, par ses soins, parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels, à former une société à laquelle il resterait étranger ne serait qu'un agent, un intermédiaire; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur et considérer comme digne de quelque confiance sa déclaration... ». Cependant, il serait exagéré de déclarer nulle une société pour le motif qu'un ou plusieurs signataires de la déclaration notariée ne seraient pas « associés » si les autres signataires sont « associés ». Et c'est en ce sens que la jurisprudence statue (23). Cette seconde condition n'est donc pas absolue et ne doit être retenue que si le seul fondateur ou les fondateurs signataires de la déclaration notariée étaient tous étrangers à la société.

Doivent donc, en résumé, être qualifiés de fondateurs, en vue de la déclaration de souscription et de versement, les personnes faisant partie de la société, qui ont coopéré activement à sa constitution, en ont été les promoteurs et ont, à ce titre, signé les statuts.

---

(23) Paris, 13 janvier 1882 (R. S. 1883, 39); Paris, 3 février 1891 (J. S., 91, 402); Orléans, 14 juin 1893 (J. S., 93, 488).

Toutes ces personnes, mais ces personnes seulement, doivent à peine de nullité de la société faire la déclaration de souscription et de versement, soit elles-mêmes, soit par un fondé de pouvoir par acte authentique.

Quand une personne morale, une société en cas de création de filiales, par exemple, doit faire la déclaration notariée, ce qui est possible (sauf les restrictions que nous aurons à faire plus loin), elle devra se faire représenter obligatoirement par un fondé de pouvoir. Ce fondé de pouvoir doit-il être authentique ?

Certains auteurs ont voulu étendre à ce point, et pour les mêmes motifs, les dispositions de l'article 69 de la loi de 1867. Malgré l'analogie incontestable, nous estimons qu'il s'agit là de dispositions exceptionnelles à un principe, et devant être interprétées restrictivement. Donc, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales le représentant pour faire la déclaration notariée devra être un fondé de pouvoir authentique (24). Pour une société anonyme c'est le Conseil d'administration qui donnera cette délégation à un des membres par acte authentique. Encore faudra-t-il que ce conseil tienne ces pouvoirs des statuts et que ces statuts soient authenti-

(24) Douai, 15 juillet 1910, S. 1911-11-97 (J. S., 1911, 60); Cass., 4 mai 1925 (J. S., 1925, 426).

ques, sinon il devra les tenir d'une délibération authentique de l'assemblée générale, qui pourrait aussi bien déléguer directement un membre du conseil. S'il y a trop de difficultés, la filiale peut très bien être fondée par un administrateur de la société mère en son nom personnel.

Une difficulté peut se présenter si la personne tenue de la déclaration est à l'étranger. Sous quelle forme doit-elle se faire représenter ? Il faut appliquer la règle : *locus regit actum*. Si la personne est française et peu éloignée des autorités consulaires, c'est à ces dernières qu'elle aura recours (le Chancelier du Consulat, ou le consul ou vice-consul faisant fonction de notaire). Dans les cas contraire, la forme authentique sera celle de la loi locale.

B) *Capacité des déclarants.*

La qualité de fondateur ou gérant ne suffit pas à établir l'obligation de faire la déclaration notariée; il se pose accessoirement une question de capacité.

Si la déclaration était faite par un gérant ou un fondateur incapable, la sanction serait la nullité de la société.

S'agit-il d'une nullité relative ou absolue ? Quand l'incapable se contente de prendre part au pacte social ce pacte est nul, mais d'une nullité relative

pouvant être invoquée seulement par l'incapable ou ses représentants légaux. Mais ici l'incapable intervient en qualité de fondateur non seulement au pacte social, mais à la déclaration notariée. Cette formalité, nous le savons, est une mesure de protection des tiers, actionnaires ou créanciers, basée sur la responsabilité personnelle et indéfinie des déclarants (articles 8 et 42). Or ces tiers seraient-ils protégés si le déclarant incapable pouvait éventuellement invoquer la nullité de la déclaration, et son irresponsabilité ? ([25]). La déclaration serait dépourvue de tout effet juridique, elle n'aurait plus aucun sens. Nous en concluons que cette nullité doit être prise au sens des articles 7 et 41 de la loi de 1867, elle doit pouvoir être invoquée par quiconque y a intérêt; sauf bien entendu si elle a été couverte avant la demande de nullité par la ratification de l'incapable devenu capable, ou de son représentant légal autorisé (article 8, al. 3) ou si l'action est prescrite (art. 8, al. 5 et 6).

Que décider si, parmi les fondateurs signataires de la déclaration il s'en trouve certains ayant la capacité voulue, d'autres ne l'ayant pas ? Doit-on admettre avec MM. Wahl et Copper Royer que la déclaration est valable puisque elle a été signée au moins par un fondateur capable. Aux arguments

(25) Le cas de délit excepté.

que nous avons déjà cité ([26]) à l'encontre de ces théories, nous devons ajouter que la déclaration est irrégulière par le seul fait de l'intervention d'un incapable, et qu'on ne peut même pas admettre pour cet incapable une exception analogue à celle que nous avons vue dans le cas où un fondateur signataire n'est pas associé. En effet, l'intervention d'un étranger à la société dans la déclaration notariée peut s'admettre: ce dernier peut encourir la responsabilité des articles 8 et 42, solidairement avec les autres signataires « associés ». Il n'en est pas de même de l'incapable : il n'encourt pas cette responsabilité puisque la loi, pour le protéger contre cette conséquence éventuelle de son acte, lui permet d'en faire prononcer l'annulation.

Donc, sous peine de nullité absolue tous les signatairesde la déclaration notariée doivent être capables.

Reste à examiner quelle est la capacité voulue.

Nous devons résoudre cette question d'après la nature de l'acte envisagé. La fondation d'une société, en raison de la responsabilité encourue ne saurait être considérée comme un acte d'administration ([27]) : la capacité requise sera donc non pas

(26) Voir p. .

(27) Tout dépend du critérium de distinction des actes d'administration et des actes de disposition. Un critérium simple consiste à confondre l'acte de disposition et l'acte

la capacité d'administrer, mais celle de disposer.

Il faudra encore, pour faire la déclaration à titre de gérant d'une commandite, avoir la capacité d'être gérant, c'est-à-dire la capacité d'être commerçant (article 2 du Code de Commerce).

Ainsi nous n'envisagerons la capacité des mineurs non émancipés, des interdits, des prodigues, ou de leurs représentants légaux que dans l'hypothèse de l'anonymat.

Le *mineur* non émancipé, qui n'a même pas la capacité d'administrer, ne peut pas avoir la capacité de faire la déclaration notariée. Son tuteur n'en aurait le droit qu'en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. Cette condition est aussi requise pour le mineur émancipé. Toutefois, si ce dernier est autorisé à faire le commerce, il n'aura pas besoin d'autorisation spéciale.

---

d'aliénation. Tout ce qui n'est pas aliénation est acte d'administration. Ainsi la fondation d'une société et donc la déclaration notariée ne serait qu'un acte d'administration. Un critérium plus juste et qui cadre mieux avec les solutions positives du Code civil consiste à rechercher les conséquences sur la valeur des patrimoines. L'acte d'administration tend à conserver le patrimoine ou à le mettre en valeur normalement sans risquer d'en compromettre l'existence ou la productivité. L'acte de disposition met en valeur le patrimoine au risque de le perdre ou de ne pas le faire produire (Trasbot. Thèse Bordeaux, 1921). Etant donné le risque couru, fonder une société par actions est bien un acte de disposition.

On peut considérer comme acte de commerce, ou pour le besoin de son commerce, le fait de constituer une société en commandite par actions dont il est seul gérant. Mais l'autorisation est exigée s'il y a plusieurs gérants commandités ou s'il s'agit d'une société anonyme ([28]), le mineur serait personellement et solidairement responsable des obligations sociales, et non pas seulement de ses actes. L'autorisation est encore exigée, quelle que soit la forme de société, s'il doit faire apport d'un immeuble. (Code de Commerce, article 6.)

L'*interdit*, judiciairement ou légalement, est assimilé au mineur non émancipé (article 509 du Code civil).

Les prodigues et faibles d'esprit peuvent intervenir à la déclaration notariée, mais avec l'assistance de leur conseil. Cette règle doit être appliquée à partir de la demande en dation du conseil judiciaire ([29]).

La femme mariée, sauf si elle est séparée de corps, mais même si elle est séparée de biens, devra avoir obtenu une autorisation spéciale du mari. Si elle a déjà l'autorisation générale de faire le commerce, elle n'est pas dispensée d'obtenir une autorisation spéciale pour intervenir à la déclaration notariée,

(28) Pont, n° 825; — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 230; — Thaller et Pic, n° 404.

(29) Rouen, 1er décembre 1897 (J. S., 1898, 317).

même dans le cas d'une commandite dont elle serait seule gérante : en effet, à la différence du mineur, l'autorisation générale est révocable, l'autorisation de fonder une société doit être irrévocable pendant la durée de cette société.

Le commerçant en état de *faillite* ou de *liquidation judiciaire*, étant dessaisi de l'administration de son patrimoine, ne pourrait s'obliger dans une déclaration notariée; il devra attendre l'obtention et l'homologation de son concordat ou la dissolution de l'union.

Rien ne s'oppose à priori à ce qu'une *personne morale* puisse fonder une société, et par suite fasse la déclaration notariée par l'intermédiaire de ses représentants. La responsabilité civile peut être supportée par le patrimoine de cette personne morale, sauf à ses membres d'exercer un recours contre les représentants fautifs. Quant à la responsabilité pénale elle sera supportée par ces représentants ([30]). Cependant, comme pour les personnes physiques, il se pose les questions de capacités qui doivent être résolus différemment selon la personne morale amenée à faire cette déclaration.

Une *société* civile ou commerciale peut, en tant qu'être moral, être fondatrice d'une autre société

---

(30) Douai, 15 juillet 1910 (S., 1911-2-29, note Wahl). Cf. aussi Wahl (J. S., 1905, 289 et suiv.).

anonyme ou en commandite dont elle devient actionnaire ([31]). Les formalités de constitutions seront accomplies par le représentant de la société fondatrice, c'est-à-dire le gérant ou l'un des gérants ayant la signature sociale si la société mère est en nom collectif ou en commandite, ou bien, s'il s'agit d'une société civile ou anonyme, un des administrateurs muni d'une délégation spéciale ou générale du conseil ([32]). Cependant la capacité d'une société est déterminée par les statuts et, en général, les statuts prévoient la création de sociétés nouvelles dans la limite où cette nouvelle société sera conforme au but social de la société mère. Par exemple, deux sociétés anonymes peuvent fonder une filiale pour la mise en valeur d'une chute d'eau devant leur fournir l'énergie électrique. Mais si la création d'une filiale n'est pas prévue dans les statuts, ou si l'objet, la création de la filiale modifie l'objet de la société mère, cette dernière n'aurait pas la capacité requise. Il faudra, dans ce cas, modifier les statuts selon les règles prescrites par la loi du 1[er] mai 1930, ayant modifié l'article 31 de la loi de 1867.

Quant aux *personnes de droit public*, la règle de la spécialité condamne en général leur intervention

(31) Ne pas confondre avec la fusion de sociétés ou l'annexion d'une société par une autre. V. *infra*, p. 117.

(32) Voir plus haut, pp. 81 et 82.

dans une société de commerce, soit comme actionnaires, soit comme administrateurs ou fondateurs. Cependant cette règle peut subir des exceptions en raison de circonstances particulières : intérêt public, monopole fiscal, etc. L'Etat peut intervenir d'après une décision du Parlement, dans une loi d'ordre général ([33]) ou en raison d'un cas particulier ([34]). Pour les départements et communes, le Conseil d'Etat ([35]) n'admet d'exception à la règle de la spécialité « que dans les hypothèses où, soit des circonstances exceptionnelles, soit un intérêt social primordial, soit une autorisation explicite ou implicite du législateur légitiment une intervention des pouvoirs publics locaux » — « ...exceptionnellement... dans un but d'intérêt général, en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée ». Enfin, les établissements publics devront obtenir l'autorisation du ministre; la loi leur accorde la possibilité de participer à la constitution d'une société par actions. Cette question s'est surtout posée pour les chambres de commerce; le comité de législation commerciale du ministère du

(33) Loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique (art. 10); loi du 19 juillet 1922 sur le transport de l'énergie électrique.

(34) Loi du 10 août 1920 : Réseau électrique des régions libérées; loi du 27 mai 1921 : Aménagement du Rhône.

(35) Conseil d'Etat, 26 janvier 1906-11 juin 1926 (R. P, Dalloz, 1928, p. 423).

commerce a déclaré la chose possible si l'objet de la société par actions est conforme aux prescriptions de l'article 14 de la loi du 9 avril 1898 ([63]). Donc, sous réserve des considérations qui précèdent, les personnes de droit public, pourront être amenées à participer à la déclaration notariée. Leurs représentants, à cet effet, seront leurs représentants légaux : ministres, préfets, maires, etc. Ces derniers encourent la responsabilité pénale, la responsabilité civile étant à la charge du patrimoine de la personne morale.

§ 3. *Les pièces à annexer.*

Nous avons déjà vu pour quels motifs et dans quel but le législateur a prescrit l'annexion à la déclaration notariée de certaines pièces. Il reste à examiner la réalisation pratique de cette formalité.

Le législateur semble, à l'interpréter littéralement, demander deux pièces distinctes : « La liste

(36) Les Chambres de commerce « peuvent être autorisées à fonder et administrer des établissements à l'usage du commerce, tels que des magasins généraux, salles de ventes publiques, entrepôts, bancs d'épreuves pour les armes, bureaux de conditionnements et titrages, expositions permanentes et musées commerciaux, écoles de commerce, écoles professionnelles, cours pour la propagation des connaissances commerciales et industrielles ».

des souscripteurs, l'état des versements. » Dans la pratique on n'établit qu'une seule pièce sur laquelle on fait connaître à la fois la liste des souscripteurs et l'état des versements. En regard du nom de chaque souscripteur, on mentionne le nombre d'actions qu'il a souscrites et le montant du versement qu'il a effectué, en distinguant, s'il y a lieu, les actions de priorité et les actions ordinaires. Cette pratique ne saurait être critiquée, elle est unanimement admise.

Il est dans l'esprit de la loi que les énonciations des souscripteurs soient assez nettes pour ne laisser aucun doute sur leur identité. C'est ainsi qu'on indique leurs noms, prénoms, professions, état et domicile. Cependant on ne saurait déclarer nulle une liste des souscripteurs où aurait été omis ou mal mis un prénom ou une adresse de l'un d'eux, si son identité ressort nettement des autres énonciations (37). Par contre, serait nulle une liste où l'on aurait omis volontairement les qualités d'un souscripteur, dans le but présumé de tromper les tiers (38). L'état des souscriptions et des versements sera, en pratique, certifié valable par le gérant ou

---

(37) Seine, 9 août 1882 (J. S., 1891, 53), 22 avril 1886 (J. S., 1890, 451), 14 janvier 1888 (J. S., 91, 331); — Cass., 13 fév. 1894 (S., 94-1-121 et 5; S., 1894, 241); — Pont, n° 1132; — Arthuys, n° 340.

(38) Seine, 13 juillet 1885 (S., 1886-629).

par les fondateurs. Cependant, au cas d'omission de cette formalité qui n'est pas exigée par la loi, on ne pourrait conclure à la nullité de la société.

Quant au dépôt des statuts, nous l'avons déjà examiné dans les pages précédentes. Nous rappelons qu'il n'est pas utile quand, dressés en la forme authentique, ils ont été déjà reçus par le notaire qui reçoit la déclaration, ou quand, sous seing privés, ils ont été déposés pour minute en l'étude du même notaire, avec ou sans reconnaissance d'écritures.

Section III.

Rôle du Notaire.

Dans la réception de la déclaration de souscription et versement, le notaire agira selon les devoirs que lui imposent la loi et sa profession ou selon certaines pratiques du notariat.

§ 1er. *Rôle légal et professionnel.*

La déclaration notariée est un acte du ministère du notaire, un acte imposé par la loi. Nous ne saurions y voir un acte fait en vertu d'un mandat des parties ou dû à l'initiative du notaire. Ce dernier devra donc se conformer aux prescriptions de la loi de ventôse et de la loi du 24 juillet 1867, et aux obligations de sa profession.

Il en résulte que le notaire devra être compétent et éviter des vices de forme. Nous traiterons cette question dans la seconde partie. Notons déjà qu'il y aurait vice de forme, si un fondé de pouvoir l'était sous-seing privé, ou par acte authentique lui-même nul pour une cause quelconque, s'il y avait omission d'un annexe ou annexion d'un état incomplet.

Cependant le notaire n'a pas à effectuer la vérification de la sincérité de la déclaration elle-même. Nous avons vu que c'est pour éviter au notaire cette lourde tâche que le législateur l'a confiée aux fondateurs ou gérants sous leur responsabilité. Le notaire « constate » la déclaration des parties, il n'a pas à garantir, n'ayant aucun moyen de contrôle sérieux, la sincérité de cette déclaration. Le notaire n'a pas à s'occuper, sauf les restrictions que nous allons faire, du contenu de la déclaration, ni des pièces annexes (39). Il n'y a donc pas de recherche à faire sur l'identité, la capacité et même l'existence des souscripteurs. C'est là surtout que s'appuient les adversaires (40) de cette formalité pour en démontrer l'inutilité. Mais il ne faudrait pas,

---

(39) Lyon-Caen et Renault, n° 706; — Thaller et Pic, n° 915; Seine, 2 janvier 1896 (5 S., 1896, 125); Seine, 14 janvier 1910 (5 S., 1911,375).

(40) Parmi eux Rod. Rousseau. Des sociétés commerciales françaises et étrangères.

comme le font ces derniers, croire que le notaire n'est pas tenu d'examiner l'apparence extérieure de cette déclaration.

C'est aussi afin de permettre cet examen que le législateur a prescrit les annexes. « On présente comme un axiome l'affranchissement du notaire à tout devoir de vérifier l'exactitude des déclarations du fondateur. Or, rien n'est moins démontré... Un contrôle de forme n'aurait rien de choquant ni d'insolite, et on agirait dans le sens des principes généraux de la responsabilité en l'exigeant. Le notaire aurait à se faire délivrer les bulletins de souscription et des duplicata de versement, et si les pièces vues en soi et du dehors lui semblaient incomplètes ou irrégulières, il devrait refuser de dresser la déclaration avec la liste qui l'accompagne » (41). Le notaire engagerait sa responsabilité si, ayant connaissance, d'une manière quelconque, de l'inexactitude de la déclaration ou du caractère fictif d'une souscription, il participait à cet acte frauduleux. Or, ces défauts peuvent ressortir du simple examen superficiel des pièces qu'il a en mains, par exemple si la déclaration du fondateur ne concorde pas avec l'état de souscriptions qu'il présente.

Si le notaire n'est tenu de garantir la sincérité de la déclaration que dans les limites sus-énoncées, il

(41) *Annales de droit commercial*, 1906, p. 59.

est cependant responsable de la régularité externe de l'acte. En plus des règles de forme que lui impose la loi de Ventôse, il est tenu de vérifier les conditions d'ordre public dont dépend la validité de la déclaration. C'est ainsi que s'il n'a pas de recherche personnelle à faire sur les personnes des souscripteurs, il doit tout de même s'assurer de l'identité, de la capacité et des qualités des déclarants; il doit aussi s'assurer que toutes les personnes tenues de faire la déclaration sont bien intervenues à cet acte ([42]). On ne saurait, à cet égard, tolérer de décharge de responsablité de la part du notaire. Sa responsabilité, au cas par exemple d'incapacité d'un déclarant, serait engagée à moins qu'il ait été frauduleusement induit en erreur par une affirmation fausse des témoins.

Le notaire n'a pas à examiner la validité des statuts sous-seings privés ou rédigés par un autre notaire et simplement présentés à lui pour être annexés à la déclaration. Nous avons déjà exprimé notre opinion à ce sujet. Cependant, il n'est pas douteux que l'annexion des statuts étant, entre autres choses, un moyen de contrôle de la déclaration, le notaire soit obligé d'examiner au moins les clauses

---

(42) C'est ici qu'il doit être fait application des principes examinés dans les paragraphes II et III de la section précédente.

qui ont trait au capital social, au montant des actions, au versement, etc., et serait responsable s'il acceptait une déclaration non conforme aux statuts, ou si, conforme aux statuts, ces derniers étaient en contradiction avec la loi ([43]). Le notaire devra prévenir et conseiller les parties; en cas d'obstination, il devra refuser de recevoir la déclaration.

En résumé, le rôle légal du notaire se limite à enregistrer la déclaration des parties, après avoir vérifié leur qualité et capacité après avoir pris connaissance, d'après les pièces qu'il a en mains, que toutes les personnes tenues de la déclaration y sont intervenues, et que cette déclaration est conforme aux statuts et aux prescriptions de la loi.

§ 2. *Pratiques du Notariat.*

Nous venons de déterminer le rôle du notaire simplement d'après les exigences de la loi et nous devons constater qu'il est évidemment bien réduit, et qu'il justifierait, s'il était tel dans la pratique,

---

(43) Par exemple, si les statuts prévoient un capital de 500.000 et si la déclaration ne porte que la souscription de 200.000. Ou si la déclaration et les statuts constatent la souscription d'un capital de plus de 200.000 francs en actions de moins de 100 francs, etc.

les critiques dont il est l'objet. Cette formalité ainsi envisagée assure la conservation du pacte social, mais non pas sa légalité, au moins dans une certaine mesure; elle assure l'immutabilité de la liste des souscripteurs, mais pas sa véracité; et si elle rend la fraude et la simulation dangereuse et difficile, elle ne le rend pas impossible. Mais pour instruire le procès de cette formalité, il ne suffit pas d'examiner son fonctionnement théorique, d'en faire ressortir les faibles avantages et de les mettre en balance avec les inconvénients pratiques : risque de nullité pour vice de forme ou incompétence, frais de constitution plus élevés (44). Nous estimons qu'il faut envisager aussi l'heureuse influence pratique des notaires dont la valeur morale, la science juridique, et surtout les habitudes professionnelles de prudence et de minutie, les poussent à renchérir sur leurs obligations strictement légales et à réclamer aux parties des justifications supplémentaires « qu'en droit strict ces derniers pourraient leur refuser » (45).

C'est ainsi que le notaire demande généralement qu'on lui communique tous les bulletins de souscription (s'il ne s'est pas déjà chargé de les recevoir

(44) Nous ne connaissons pas d'autres inconvénients pratiques.

(45) Copper Royer, n° 74.

lui-même directement des souscripteurs). Il peut alors les vérifier un par un, réduisant au minimum la possibilité de fraude. Le plus souvent, les fonds sont déposés par les actionnaires ou au nom des fondateurs dans un établissement de crédit. Ce dernier envoie, quand le capital est souscrit et les versements effectués, une lettre ou un récépissé certifiant qu'il est dépositaire de telle somme. Si cet établissement de crédit est sérieux, et connu, le récépissé constitue une preuve indéniable de ce versement. Quand le dépôt a été fait au nom de la société en formation, une clause courante prévoie que les fonds peuvent être remis aux déposants seulement si le projet de société est définitivement abandonné, sinon à la société après sa constitution; le notaire est ainsi assuré que les fonds ne disparaîtront pas avant la constitution définitive de la société ou qu'ils n'ont pas déjà disparu au moment où il reçoit la déclaration. Cette sécurité n'existe pas quand le dépôt a été fait au nom des fondateurs. C'est pourquoi beaucoup d'établissements refusent d'accepter un dépôt dans ces conditions; c'est pourquoi les notaires demandent aussi que ce procédé soit banni. Remarquons ce passage du discours prononcé par Me Maria au XVIe Congrès des notaires de France ([46]) : « Il faut bien recon-

(46) Marseille, 1906. — Thaller et Pic, n° 917.

naître que le rôle du notaire, si l'on s'en tient à la lettre de la loi de 1867, est d'une passivité désespérante. Je crois néanmoins que, même dans l'état de la législation actuelle, le notaire n'a pas accompli tout son devoir lorsqu'il accepte de recevoir un acte de cette nature sans aucun souci de la sincérité de la déclaration. Aussi dis-je à mes confrères : Lorsque vous aurez à recevoir une déclaration de souscription et de versement, exigez la justification du versement effectif et assurez-vous non seulement que les fonds existent, mais encore qu'ils ne pourront disparaître avant la constitution définitive de la Société... En agissant ainsi vous aurez laissé peu de place à la fraude et vous aurez par cela même, tout en sauvegardant votre propre réputation, rendu les plus grands services à ceux que la loi de 1867 a été jusqu'ici impuissante à protéger. Je demande donc aux réformateurs de la loi d'obliger les notaires à annexer à la déclaration notariée l'attestation du banquier dépositaire des fonds, constatant la matérialité des versements effectués par chaque souscripteur. De plus, le dépôt des fonds au compte des fondateurs devra être banni, l'attestation devra établir que les fonds ont été portés au compte de la société en formation. »

Nous ne saurions mieux faire que d'adopter ces conclusions. Et nous répondons aux adversaires de la déclaration notariée qu'il est plus sage et plus

prudent de parfaire une institution que de la supprimer et de la remplacer par une autre qui n'a pas fait ses preuves; surtout quand, pour la parfaire, il suffit de rendre obligatoires certaines pratiques.

CHAPITRE IV

DERNIÈRES FORMALITÉS CONSTITUTIVES

Après la déclaration notariée il ne reste, pour constituer définitivement la société, qu'à convoquer l'Assemblée générale des actionnaires, ayant pour but la vérification et l'accomplissement des formalités après lesquelles la société peut régulièrement commencer ses opérations.

Cette convocation, à prendre le sens littéral de la loi (1), doit être faite « postérieurement » à la déclaration notariée (loi de 1867, article 25).

Cependant, la Cour de cassation (2) décide qu'il faut interpréter en ce sens que l'Assemblée doit être « tenue postérieurement » à la déclaration notariée.

---

(1) Paris, 2 décembre 1886 : Affaire de la Société de Réassurances générales.

(2) Cass., 6 novembre 1894 (J. S., 1895-94); 31 déc. 1906 (J. S., 1907-413).

Ainsi, le notaire souvent chargé d'accomplir ce simple travail de secrétaire, peut envoyer les convocations avant d'avoir reçu la déclaration. On peut procéder en faisant paraître un avis de convocation dans un journal d'annonces légales ou en les convoquant individuellement par lettres ordinaires ou recommandées. Ces différents sont prévus par les statuts qu'on doit observer sous peine de nullité (3). Il faut clairement indiquer le jour, le lieu, l'heure et l'objet de l'Assemblée. Cette matière, à notre connaissance, ne soulève pas de difficultés spéciales.

Le rôle du notaire est plus important quand il est chargé de pourvoir à la tenue des assemblées, de rédiger la feuille de présence et les procès-verbaux. Il suffit de penser que les deux premières assemblées constitutives sont des formalités essentielles dans la constitution de la société, au même titre que la souscription du capital, le versement ou la déclaration notariée, pour entrevoir la responsabilité encourue par celui qui s'est chargé, à titre de mandataire, de leur exécution normale.

C'est pourquoi le notaire devra porter grand soin dans l'établissement de la note énumérant les formalités dans l'ordre où elles doivent être accomplies.

---

(3) Req., 30 avril 1913 (D. P., 1914-1-279).

Il faut généralement pour la première assemblée:

Constituer le bureau (un président, deux scrutateurs, un secrétaire) ;

Faire connaître le nombre d'actionnaires présents ou représentés, d'après la feuille de présence;

Déclarer que l'assemblée représente plus de la moitié du capital social souscrit en numéraire et peut valablement délibérer;

Déposer sur le bureau un exemplaire des statuts, une expédition de la déclaration notariée;

Donner lecture de l'ordre du jour (vérification de la déclaration notariée et nomination d'un commissaire chargé de faire un rapport sur les apports en nature) ;

Offrir la parole aux actionnaires;

Mettre aux voix diverses résolutions (constatation de la sincérité de la déclaration, nomination du commissaire chargé des apports, etc.).

La deuxième assemblée aura pour objet, s'il s'agit d'un anonymat :

La lecture et l'approbation du rapport du commissaire nommé à la première assemblée, l'approbation des statuts;

La nomination du premier conseil d'administration et des commissaires des comptes;

La fixation des jetons de présence du Conseil d'administration et la rémunération des commissaires;

Enfin, la constitution définitive de la société.

S'il s'agit d'une commandite, la deuxième assemblée doit statuer sur l'approbation des apports, approuver les statuts, nommer les membres du premier conseil de surveillance et prendre d'autres décisions secondaires ([4]).

Le notaire devra éviter l'omission d'une de ces formalités essentielles, surtout quand il établira le procès-verbal des assemblées.

Généralement, le notaire établit avant les Assemblées un projet de procès-verbal et les fondateurs déposent ensuite pour minute annexée aux statuts une copie certifiée conforme de ces procès-verbaux. Cette pratique a pour but de permettre au notaire de vérifier, à la demande des fondateurs, la régularité de ces Assemblées. Elle permet aussi la conservation des pièces qui constatent la constitution régulière de la société. De plus, le notaire sera mieux en mesure de fournir à la banque dépositaire des fonds, aux fins du retrait de ces fonds, les pièces établissant cette constitution.

Cependant, l'Administration de l'Enregistrement prétend devoir percevoir un droit proportionnel quand les procès-verbaux mentionnent l'apport à la société de marchés de commerce sous-seings privés,

---

(4) Nous n'indiquons ces formalités qu'à titre de renseignement, dans un aperçu sommaire et forcément incomplet.

non enregistrés, prétextant que ce dépôt confère le caractère d'acte notarié. Le résultat pratique en est malheureusement que, par mesure d'économie, ce dépôt n'a pas toujours lieu.

Or, le procès-verbal notarié de l'Assemblée constitutive est à nos yeux une formalité des plus importantes puisqu'il a pour résultat de faire foi jusqu'à inscription de faux de la date et des détails de la constitution définitive de la nouvelle société. Ce procès-verbal notarié devrait être obligatoire, et l'inconvénient pratique du droit proportionnel supprimé spécialement pour ce cas.

Quant à la vérification de la sincérité de la déclaration notariée, nous n'en verrions plus l'utilité si cette déclaration n'était reçue par un notaire qu'après des recherches personnelles et sous sa responsabilité. Mais une réforme de la déclaration s'impose d'abord.

En ce qui concerne les apports en nature nous savons personnellement que la nomination d'un commissaire dans une première assemblée et l'approbation de son rapport dans une seconde, laisse trop de place à la fraude : les souscriptions ont eu lieu, il est simple d'exagérer la valeur des apports en nature au préjudice des souscripteurs. Dans l'état actuel le notariat ne peut pas créer de pratique en vue d'empêcher cette fraude trop facile. Le législateur ne pourrait-il organiser, par exemple,

une déclaration devant notaire de la valeur des apports, et une publicité de cette déclaration avant toute souscription ?

Ainsi, une seule Assemblée constitutive suffirait. Elle comprendrait : la lecture des formalités antérieures, la nomination des administrateurs, etc., enfin la constitution définitive dont il serait dressé un procès-verbal notarié.

TITRE II

Rôle du Notaire après la constitution de la société

Le notaire qui a participé à la constitution d'une société va se trouver le mandataire tout désigné des administrateurs ou gérants pour certaines formalités que cette société devra accomplir au cours de son existence, surtout lorsque ces formalités exigeront la présence d'un homme capable « de se reconnaître dans ce maquis législatif », ou lorsqu'il devra être fait communication de pièces ou de copies de pièces déposées dans son étude. Nous allons examiner les divers cas qui peuvent se présenter.

CHAPITRE PREMIER

FORMALITÉS DE PUBLICATION

L'un des premiers actes que doivent accomplir les représentants d'une société nouvelle consiste à procéder « dans le mois de la constitution » à la

publicité légale de l'acte de société. Ils doivent pour cela observer les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 ayant abrogé sur ce point les anciens articles 42 à 46 du Code de commerce. Le rôle minimum du notaire consiste à délivrer aux fondateurs des expéditions des statuts, s'ils sont notariés, de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart. Le notaire ne sort pas alors de son rôle légal et n'est tenu que par les obligations de la loi de ventôse et de la loi de 1867 (1). Mais le plus souvent, comme pour les formalités précédentes, le rôle pratique du notaire est plus étendu. Les parties lui confient la tâche de procéder à l'ensemble des formalités de publicité, et même si elles ne la lui confient pas expressément, le notaire devra s'en charger à moins que les parties ne s'y opposent expressément, ou que le notaire leur ait notifié qu'il ne s'en chargeait pas. Nous verrons dans la seconde partie avec quelle facilité le notaire peut être considéré, au cas d'inaction des personnes tenues d'une formalité, comme mandataire tacite de ces personnes.

Evidemment il n'est pas question ici de la publicité permanente imposée par les articles 63 et 64 de la loi de 1867 aux sociétés par actions, qui consiste dans l'obligation pour la société de délivrer au

(1) Douai, 21 novembre 1840 (S., 40-11-497).

siège social, à tout requérant « une copie certifiée des statuts, moyennant paiement d'une somme qui ne pourra excéder un *franc* (2) » et l'affichage dans les bureaux sociaux, ainsi que la mention sur les documents sociaux de la dénomination sociale et du montant du capital social. Il s'agit seulement de la publicité originaire.

Cette publicité consiste d'abord dans le dépôt, aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu du siège social, des pièces énoncées à l'article 55. S'il n'existe pas de tribunal de commerce, le dépôt a lieu au greffe du Tribunal civil. Si le siège social se trouve dans une colonie, le dépôt s'effectue aux greffes des tribunaux qui correspondent aux tribunaux français. Si la Société a « plusieurs maisons de commerce », c'est-à-dire plusieurs succursales ayant à leur tête un directeur investi des mêmes pouvoirs envers les tiers que celui de la maison mère, les formalités de publication « ont lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce » (3). Cette loi ne s'applique pas aux succursales se trouvant à

---

(2) Cette disposition déroge au cas où les statuts sont authentiques au principe de l'article 23 de la loi de Ventôse, d'après lequel les notaires ne peuvent donner expédition ou connaissance de leurs actes qu'aux parties intéressées en nom direct ou à leurs héritiers ou ayants-droit.

(3) Article 59, loi de 1867.

l'étranger ou dans pays de protectorat : *locus regit actum.*

Que faut-il déposer ? D'abord l'acte de société : un double original s'il est sous-seing privé, une expédition s'il est authentique. Ensuite, une expédition de la déclaration notariée et une copie certifiée (4) des délibérations prises par l'Assemblée générale dans les cas où il y a eu approbation d'apports et avantages particuliers. En plus, si la société est anonyme, il faut ajouter la liste nominative des souscripteurs, dûment certifiée. Nous comprenons mal pourquoi la loi dispense de publier la liste des souscripteurs d'une société en commandite, étant donné que la responsabilité indéfinie des gérants ne saurait dispenser de porter à la connaissance des tiers la liste des souscripteurs. Est-ce une influence de l'esprit du code de 1807 qui estimait par erreur, nous l'avons vu, comme une garantie suffisante la responsabilité des gérants. D'ailleurs, dans la pratique, on ne fait pas de distinction entre l'anonymat et la commandite par l'application de l'article 55. Bien plus, on publie les procès-verbaux d'assemblée même en dehors des cas prévus par l'article 55, c'est-à-dire qu'il y ait ou non apport en nature ou avantage particulier.

(4) Sauf si le procès-verbal des assemblées est notarié, le notaire doit délivrer une expédition; Cass., 20 décembre 1882 (J. S., 85-248).

Il doit être porté à la connaissance des tiers, la délibération ayant nommé les administrateurs et commissaires. En somme, il y a deux façons d'interpréter l'article 55. On peut voir, « dans les cas prévus par les articles 4 et 24 », simplement les cas où il est fait apport et accordé un avantage. Nous estimons préférable de l'interpréter, conformément à la pratique, dans le sens de « tous les cas prévus par ces articles », c'est-à-dire même quand on a procédé simplement à la nomination des administrateurs et des commissaires. Et malgré la rédaction défectueuse de l'article 55 nous pensons que la publication serait nulle au cas d'omission du dépôt de ces procès-verbaux (5).

L'article 56 de la loi de 1867 prescrit en outre la publication dans un journal d'annonces légales, d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées. Nous avons déjà énuméré dans l'étude des statuts, les énonciations que doit contenir l'extrait. Quant aux pièces jointes, il s'agit de la déclaration notariée et des délibérations des assemblées générales constitutives (celles dont le dépôt au greffe est exigé). Pour la liste des souscripteurs qui ne peut, par sa nature être publiée par extrait, on procède dans le pratique par la simple mention de

(5) Contrairement à Pont, n° 1143; Thaller et Pic, n° 1075; Houpin et Bosvieux, n° 1199.

l'annexe de cette liste à l'acte constitutif. Cet extrait doit être signé par le notaire si l'acte de société est authentique, ou si, étant sous-seing privé, il a été déposé pour minute ([6]). Un exemplaire du journal sera « certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire, et enregistré dans les trois mois de sa date » ([7]). Pour assurer la conservation de cette preuve que l'insertion a bien été faite, il est d'usage de déposer cet exemplaire pour minute à la suite des statuts avec les extraits des actes de dépôt aux greffes.

Le système de publicité ainsi organisé est-il suffisant pour porter à la connaissance des tiers tout ce qu'ils sont en droit d'exiger ? Nous avons déjà vu que cette publicité était trop tardive pour éviter la fraude de l'exagération des apports en nature. Nous émettons donc le vœu que s'organise une publicité en deux phases :

1° Avant la constitution de la société ou même la souscription : publicité des statuts avec mention des apports et avantages et désignation du mode de publicité sur chaque bulletin de souscription.

2° Après la constitution de la société, publicité des circonstances, du lieu et de la date de cette constitution, ainsi que le nom du notaire, dans un journal d'annonces légales.

---

(6) Pont, n° 1150; — Lyon-Caen et Renault, n° 197.
(7) Loi de 1867, article 56, § 2.

Comme suite logique à nos conclusions du chapitre précédent, le notaire seul pourrait donner expédition des actes qu'il détiendrait. Le législateur ne pourrait-il lui confier la publicité sous sa responsabilité personnelle ?

Cette publicité comprendrait, outre les deux mesures sus-indiquées, le dépôt au greffe du Tribunal de commerce des expéditions des actes constitutifs et l'insertion d'un avis dans le Bulletin annexe du *Journal officiel*.

CHAPITRE II

FORMALITÉS NÉCESSAIRES A LA TRANSMISSION RÉGULIÈRE DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS APPORTÉS A LA SOCIÉTÉ

Les fondateurs ont souvent recours au notaire quand il est fait apport d'un immeuble, notamment pour vérifier les titres de propriété et la situation hypothécaire, pour que la femme de l'apporteur renonce à son hypothèque légale dans les conditions prescrites par la loi du 13 février 1889.

De même, le notaire est généralement chargé de la transcription des actes et documents constitutifs en cas d'apport immobilier, des insertions impo-

sées par la loi du 13 mars 1909, article 17, en cas d'apport d'un fonds de commerce, ainsi que les formalités de transfert de la propriété industrielle en cas d'apport d'une marque de fabrique, d'un modèle déposé ou d'un brevet d'invention.

Une société par actions pouvant acquérir à titre gratuit, sans être reconnue ni autorisée par le gouvernement, le notaire sera chargé des formalités qui découlent de l'article 931 du Code civil.

Nous n'insistons pas sur ce chapitre. Le notaire intervient: mais ces questions ne sont pas spéciales aux sociétés par actions.

CHAPITRE III

MODIFICATIONS DU CAPITAL

Diverses circonstances économiques, dans le détail desquelles nous n'entrons pas, peuvent amener une société par actions à modifier son capital primitif. Elle pourra l'accroître ou le réduire ou avoir recours à un emprunt à long terme sous forme d'émission d'obligations. Elle pourra encore estimer plus avantageux de fusionner avec une autre société.

Section I.

Augmentation de capital.

Le capital social peut être augmenté de différentes manières. En principe, et la jurisprudence, dans le silence de la loi, l'a définitivement fixé, les formalités sont les mêmes que celles prescrites pour la constitution de la société (1). Nous serons donc très brefs.

1° *Actions nouvelles souscrites en espèces.* — La déclaration notariée de souscription et versement n'est plus faite par les fondateurs, conformément aux articles 1 et 24 de la loi de 1867, mais par le ou les gérants si la société est en commandite, et par les administrateurs si elle est anonyme.

Pratiquement, les administrateurs se bornent à déléguer l'un d'entre eux ou un autre mandataire. Mais cette délégation doit être notariée. Sinon, il y aurait une nullité d'ordre public pouvant être invoquée par tous les intéressés et notamment les souscripteurs.

Une assemblée générale des actionnaires vérifie ensuite la sincérité de la déclaration notariée qui lui est présentée avec « pièces à l'appui ». Ces

(1) Bordeaux, 16 février 1903 (J. S., 1903-348) ; — Angers, 7 décembre 1903 (J. S., 1904-325).

pièces comprennent la copie du procès-verbal de l'assemblée qui a autorisé l'augmentation de capital et la liste des nouveaux souscripteurs. Le dépôt d'un double des statuts est remplacé ici par sa simple énonciation dans l'acte de déclaration des nouvelles actions.

Nous n'insistons pas sur ces formalités qui sont, on le voit, analogues à celles que nous avons déjà étudiées.

2° *Création d'actions d'apport.* — Une autre manière d'augmenter le capital consiste en la création d'actions d'apport, remises aux propriétaires des biens en nature nouvellement acquis par la société.

La vérification de ces apports est faite par un ou plusieurs commissaires désignés par l'Assemblée génrale. Le rapport de ces commissaires est soumis à l'approbation d'une seconde Assemblée qui statue définitivement.

Lors de la constitution, nous avons vu des formalités identiques. Il faut cependant noter une différence :

Les clauses relatives aux apports étaient insérées dans les statuts, mais en cas d'apport à une société déjà existante un « contrat d'apport » est conclu sous la forme sous-seing privée, entre l'apporteur et les représentants de la société, avec la clause sus-

pensive que ce contrat ne deviendra définitif que s'il est ratifiée ultérieurement après les formalités prescrites par la loi.

Ainsi la fraude ne peut s'exercer aussi facilement, puisqu'il appartient aux actionnaires qui pourraient être lésés par ce contrat, de l'accepter ou de le refuser.

Donc l'intervientiion du notaire n'est pas obligatoire, sous réserve toutefois de cas spéciaux déjà étudiés (apport d'un brevet d'invention, d'un immeuble, etc.).

3° *Transformation des réserves ou des parts de fondateurs en actions.* — Ces procédés relevant de la comptabilité de la société n'accroîssent pas en fait l'actif social et ne nécessitent pas l'intervention de personnes étrangères à la Société. Quant aux créanciers sociaux, leur gage ne s'en trouve pas atteint.

Nous ne voyons pas la nécessité d'une mesure de protection quelconque, et partant de l'intervention du notaire. Ceux qui risquent d'être lésés par cette opération ont la possibilité de ne pas l'accepter à l'Assemblée générale.

Section II.

Emission d'obligations.

Lorsqu'une société a besoin de ressources, elle peut avoir aussi recours à un emprunt à long terme en émettant des obligations.

L'obligation est un titre négociable constantant un droit de créance sur la société.

Divers types d'obligations varient entre eux par la valeur nominale, le taux de l'intérêt, le mode et le délai de remboursement, les garanties spéciales, etc...

Le notaire intervient généralement au cas d'émission d'obligations hypothécaires.

Les formalités hypothécaires sont effectuées généralement, non par chaque porteur de titre, mais par des représentants communs. Ces représentants sont, soit des administrateurs-délégués d'une société civile d'obligataires, soit les délégués de la banque qui s'est chargée de l'émission. Leur rôle consiste à signer l'acte d'hypothèque chez le notaire chargé de le recevoir.

Section III.

Réduction du Capital.

La Société peut encore, pour différentes raisons, réduire le capital social.

Cette réduction est dans tous les cas une modification aux statuts. Le notaire intervient généralement. Mais son rôle consiste dans la réception du procès-verbal de l'Assemblée générale et dans l'accomplissement des formalités de publicité.

Section IV.

FUSION DE SOCIÉTÉS

Deux ou plusieurs sociétés peuvent trouver avantageux de fusionner. La chose est courante et se réalise de deux manières :

La première consiste à créer une société entièrement nouvelle absorbant les sociétés déjà existantes. Les formalités et l'intervention du notaire sont celles que nous avons déjà examinées, avec des modalités accessoires qui se devinent.

Une autre manière consiste à conserver l'une des sociétés qui absorbe l'autre sous la forme d'un apport en nature, en échange d'un certain nombre d'actions d'apport, de parts bénéficiaires, d'obligations, ou même d'une somme en espèces répartie entre les actionnaires de la société absorbée.

Le notaire intervient différemment suivant le cas.

DEUXIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Il n'est pas douteux que le notaire engage sa responsabilité à propos des diverses formalités que nous venons de voir. Nous ne parlerons pas de la responsabilité pénale exposant le notaire au cas d'infraction à la loi pénale (Faux en écriture publique, abus de confiance, divulgation du secret professionnel, etc.), à des peines variables. Cette question est dominée par des principes qui ne sont spéciaux ni au notaire, ni aux sociétés par actions (1). Il en est autrement de la responsabilité

(1) Nous assimilons à la responsabilité pénale, celle qui découle pour le notaire de l'ordonnance du 4 janvier 1843 (modifiée ou complétée par les décrets du 30 janvier 1890, 2 février 1890, du 14 avril 1927, du 16 mars 1931); les Chambres de discipline agissant sous le contrôle du Parquet. Ceci n'ayant qu'un rapport indirect avec notre thèse en dépasse le cadre. Il en est de même de certaines prescriptions ressortant du Code de procédure civile (art. 1030, 1031, etc.).

civile que le notaire engage dans les rapports avec ses clients ou des tiers et l'oblige, s'il commet une faute quelconque qui leur porte préjudice, à réparer ce préjudice.

Nous nous sommes attachés, dans l'étude qui précède, à différencier dans des cas précis la nature de l'intervientionn du notaire et nous avons constaté que ce dernier agit soit comme fonctionnaire légal, soit comme conseiller (Cad. simple particulier) soit comme mandataire (Cad. co-contractant. La nature de sa responsabilité variera suivant les cas : elle sera délictuelle ou contractuelle.

L'intérêt de cette distinction est grand.

S'il s'agit d'une faute délictuelle, toute personne lésée pourra s'en prévaloir pour demander réparation; mais elle aura la charge de la preuve et devra établir la faute imputable, le dommage, et la relation de causalité entre la faute et le dommage. Cette faute pouvant n'être que très légère. La réparation devra être intégrale, c'est-à-dire évaluée d'après la totalité du préjudice. (Cette règle est du droit commun; nous verrons comment elle est tempérée dans l'application, par la jurisprudence.)

S'il s'agit d'une faute contractuelle, par le seul fait que le notaire n'a pas exécuté ou mal exécuté ses obligations, il sera présumé en faute, et ne pourra se libérer que par la preuve contraire de cas fortuit ou force majeure. Par contre, cette faute

ne sera retenue que si elle présente un degré minimum de gravité, surtout si le mandat est gratuit. (Art. 1992 - al. du Code civil). De plus, la réparation ne sera intégrale que si la faute a été intentionnelle, au cas de vol par exemple (Art. 1150 Code civil).

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE DANS SES FONCTIONS LÉGALES

SECTION I.

Bases de cette responsabilité.

Dans les cas où le notaire agit en qualité d'officier ministériel, sa responsabilité est fondée sur l'article 68 de la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée : sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages et intérêts contre le notaire contrevenant. »

Certains auteurs (1) prétendent que cet article est limitatif de la responsabilité des notaires. Peut-on supposer chez le législateur établissant un texte spécial pour la responsabilité notariale, l'intention de soustraire les notaires au droit commun en la matière ? Nous pourrions le croire si ce texte posait une règle générale pour toute l'activité professionnelle des notaires. Or nous n'y constatons que des devoirs spéciaux.

Nous en concluons qu'en dehors des cas prévus par l'article 68, il convient d'appliquer les principes généraux des articles 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », et 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

L'article 68 de la loi de ventôse et les articles 1382 et 1383 constituent donc deux bases de la responsabilité notariale qui se complètent. Cependant la responsabilité des articles 1382, et 1383 est plus sévère que celle de l'article 68. Dans le premier cas, la réparation doit être intégrale, même pour faute légère, dans le second cas, l'appréciation de la

---

(1) Dufrénois. Traité formulaire du notariat, vol. I, n° 389; — Vergé. Traité de la responsabilité civile des notaires, n° 1 et suivants.

faute et de la réparation est soumise au pouvoir des juges, pouvoir qui découle des termes « s'il y a lieu ».

L'interprétation de cette formule est très importante. Si elle est synonyme de « s'il y a dommage », elle doit être interprétée comme un renvoi aux principes généraux en matière de dommage (2), aux articles 1382 et 1383. Cette opinion a été réfutée (3) comme paraissant « reposer sur l'attribution gratuite au législateur au moins d'une inutilité, sinon d'une naïveté parfaite ». Il nous paraît plus conforme aux principes d'interprétation juridique d'admettre que les termes « s'il y a lieu » donnent plutôt aux juges un pouvoir d'appréciation très étendu en matière de responsabilité notariale.

C'est du reste la solution admise par la jurisprudence : « Il est toujours au pouvoir des magistrats, soit qu'ils appliquent l'article 68 de la loi de ventôse, soit qu'ils appliquent les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, d'évaluer la responsabilité et la question du préjudice qui en a été la suite » (4).

---

(2) Drouart. Responsabilité des notaires, pp. 62, 71, 77 et 111.

(3) Demolombe, t. 31, n° 529; — Rutgearts et Amiaud. Dict. du not., t. 3, p. 1313; — Cass., 9 novembre 1904, S. 1905-1-229.

(4) Bordeaux, 3 juillet 1905, J. N. 1906, p. 170; civ., 19 mai 1885, D. P. 85-1-345.

L'appréciation de la faute du notaire se fera pratiquement d'après les principes suivants :

On distinguera selon qu'il s'agit d'un vice de forme de l'acte ou bien d'une erreur de droit.

Les tribunaux se montreront plus sévères s'il s'agit d'un vice de forme qui ne peut être qu'une impéritie. « Le notaire serait inexcusable soit d'ignorer les formalités instrumentaires des actes que sa profession consiste précisément à dresser, soit d'en omettre l'observation par distraction ou inattention, donc, il doit effet répondre envers les parties du dommage que ces sortes de nullités pourraient leur causer » (5).

S'il s'agit d'une erreur de droit, il faut penser que le notaire est simple rédacteur des volontés des parties. Et s'il est seul l'auteur de la forme des actes, il n'est pas seul l'auteur du fond de ces actes. « Nul n'est censé ignorer la loi » et si l'on est en droit d'exiger du notaire une somme de connaissances juridiques on ne peut en dispenser complètement les parties et déclarer le notaire toujours responsable de leurs erreurs. « Il n'y a point de doute que les notaires ne doivent pas être tenus des dommages-intérêts des parties quand la nullité de leurs actes provient de la disposition du droit ou des cou-

---

(5) Demolombe, t. 31, n° 532.

tumes, pourvu qu'il n'y ait point de dol ou de faute si lourde qu'elle soit inexcusable et mérite de passer pour dol » (6).

Ainsi le notaire n'est pas écrasé sous le poids d'une responsabilité excessive, surtout en matière de société par actions où sa tâche est souvent délicate et où les conséquences d'une faute pourraient se traduire, sans ce tempérament, par des dommages-intérêts trop élevés. Par contre, les parties ont suffisamment de garantie au cas de faute du notaire.

Section II.

Cas de responsabilité.

Vices de forme ou de formalités. — Nous avons vu que la fonction essentielle du notaire étant de rédiger les actes selon une forme prescrite (7) et d'accomplir ou vérifier certaines formalités obligatoires, une faute de ce dernier en cette matière constitue une impéritie dont il est en principe res-

(6) Ferrière. Le parfait notaire, liv. 1, chap. 17; — Amiaud. Traité formulaire, v° Notaires, n° 191; Douai, 20 décembre 1904 (J. S., 1905, p. 380).

(7) Loi de Ventôse, sect. 2; lois 21 juin 1843, 12 août 1902, 21 février 1926, 14 mars 1928.

ponsable. Or, une faute dans la forme ou l'oubli d'une formalité obligatoire entraîne nécessairement la nullité de l'acte et par suite celle de la société. Il en résulte un dommage dont le notaire, en plus éventuellement des preuves disciplinaires ou d'amendes, doit réparation.

Tel est le cas du notaire qui dresse des *statuts* authentiques, nuls pour leur forme ou du notaire à qui les parties apportent un acte sous-seing privé désirant lui donner la forme authentique et qui n'insère pas la formule de reconnaissance d'écritures.

Cependant, il faut distinguer.

La nullité d'un acte authentique de société n'en traîne pas toujours forcément celle de la société. C'est le cas, nous l'avons vu, où les statuts déclarés nuls comme acte authentique valent comme écritures privées s'ils sont signés des parties (8).

Malgré cela, la nullité de la société aurait tout de même pour cause le fait que cet acte sous-seing privé n'aurait pas été dressé en deux originaux avec la mention les doubles (9).

Il y a moyen de supprimer cette cause de nullité, mais il faudra agir avant l'introduction de la demande de l'action en nullité. Ce moyen consiste à

---

(8) Article 1318 Code civil.

(9) Paul Pont. Commentaire traité des soc. civ. et com., n° 1125.

faire établir et signer par les fondateurs un second original portant la mention fait double et leur faire déclarer dans un acte notarié régulièrement publié qu'il a été dressé deux originaux des statuts ([10]).

Ce procédé n'est possible évidemment que si la forme authentique n'est pas obligatoirement exigée dans les cas déjà cités.

De même, un procédé analogue ne saurait être employé si un vice de forme entâchait de nullité la déclaration notariée de souscriptions et versements ([11]) qui doit être toujours notariée. Or, si le notaire acceptait de recevoir cette déclaration d'un fondé de pouvoir par acte sous-seing privé ou par acte authentique nul pour une cause quelconque. Le notaire serait responsable de méconnaître la règle qu'un mandat en vue d'accomplir un acte authentique doit avoir été donné en la même forme. La nullité de la déclaration notariée peut encore résulter de l'omission d'une annexe (statuts, liste des souscripteurs, état de versements) ou de l'annexion d'un acte nul (par exemple, d'un état de souscription et versement où manquerait une des mentions exigées par la loi).

---

(10) Houpin et Bosvieux, n° 645; Cass., 13 juin 1883 (S. 84-1-329).

(11) Soit la déclaration constitutive, soit celle qui a suivi une augmentation de capital.

II. *Incompétence du notaire.* — La nullité d'un acte peut encore résulter de l'incompétence du notaire pour instruments.

Le notaire peut d'abord être incompétent *ratione loci.* L'article 5 de la loi de ventôse ([12]) fixe les limites territoriales dans lesquelles le notaire doit exercer son ministère. L'article 6 de la même loi fixe la peine encourue: suspension des fonctions pendant trois mois, destitution en cas de récidive, en tous cas dommages-intérêts. Cette question ne nous paraît pas soulever de difficultés spéciales en notre matière.

Le notaire risque plutôt d'être incompétent *ratione persone*, en raison de sa parenté avec un fondateur ou souscripteur d'actions ou de son intérêt personnel dans la société. Ceci résulte de l'article 3 de la loi de Ventôse, en vertu duquel « les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et en collatérale jusqu'aux degrés d'oncle ou de neveu inclusivement seraient parties ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ». Quelle est la portée de cet article en notre matière ?

Si le notaire est parent ou allié au degré prohibé avec un des fondateurs ou souscripteur d'actions, il

(1) Modifié par les lois du 12 août 1902 et 29 mars 1907.

ne peut recevoir les actes constitutifs de la société puisque les fondateurs ou souscripteurs sont parties à ces actes.

La parenté doit s'apprécier très largement (puisque la loi donne ici les mêmes effets à l'alliance) ; il s'agit non seulement de la parenté légitime, mais de la parenté naturelle ou adoptive ([13]). Quant à l'appréciation de la qualité du fondateur, la question est délicate. La loi ne donne aucune définition et l'on doit s'en tenir à la coutume. Généralement on considère comme fondateurs ceux qui ont pris une part personnelle à la création de la société, qui

(13) En ligne collatérale, les termes « jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement » nous paraissent assez précis pour ne pas désigner aussi le grand oncle au 4e degré, ou l'arrière grand oncle au 5e degré. En ligne directe, la loi est précise à « tous les degrés » en ligne ascendante ou descendante, s'il s'agit de parenté légitime. Quant à la parenté naturelle, il n'y a de lien qu'entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance (Colin et Capitant, t. 1, n° 348), le terme « à tous les degrés » se limite donc à ce seul degré. Un notaire pourrait donc légalement recevoir un acte où serait partie le fils naturel de son fils légitime, et réciproquement. Notons aussi que la légitimation n'ayant pas d'effet rétroactif, l'acte reçu dans l'exemple précédent ne sera pas annulé si l'enfant naturel vient à être légitimé postérieurement à l'acte. Un notaire peut ainsi avoir au rang de ses minutes des actes où son petit fils est partie. Quant à la parenté adoptive on tirera toutes conclusions du fait que le nouvel article 353 du Code civil crée un lien de parenté entre l'adoptant et les enfants légitimes de l'adopté. Contrairement à l'opinion des auteurs (Aubry et Rau, t. IX, p. 50) et conformément à la jurisprudence (D. 1868-2-121),

ont fait appel aux apporteurs et souscripteurs espèces, qui ont rédigé ou fait rédiger les statuts et les ont signés, ont convoqué les assemblées constitutives, etc. Il nous semble qu'il faut apporter une restriction et ne pas considérer comme fondateur la personne qui a été chargée de réaliser ces opérations en vertu d'un mandat.

Le notaire lui-même risquerait, sans cela, d'être considéré comme fondateur. Par contre, un fondateur parent du notaire ne saurait contourner la prohibition de la loi de ventôse en se faisant représenter par mandat pour un acte où il devait être partie. De même, un fondateur devra éviter de se faire représenter par un parent du notaire, puisque, dans le droit notarial « partie à l'acte » a le sens de « comparant à l'acte ».

Une fois la société constituée cette règle a-t-elle une application aussi stricte, c'est-à-dire un notaire ne peut-il recevoir un acte d'une société dont ferait partie un de ses parents ou alliés au degré prohibé ? Nous ne le pensons pas et prenons pour motif le fait qu'une fois régulièrement constituée, la société par actions est une personne morale indépendante de la personne des associés ([14]). La jurisprudence paraît orientée dans ce sens ([15]).

---

(14) Cf. art. 529 Code civil, 9 et 69-6 Code procédure civile. — Dans ce sens : Baudry et Wahl. De la société, du prêt, du dépôt, 3e édition (1907), nos 111 et suiv. — Thaller

Le notaire sera incompétent quand il sera *intéressé à l'acte*. Cependant, le notaire ne devra se récuser que lorsqu'il tirera des stipulations de l'acte reçu par lui un intérêt direct. Une jurisprudence s'est établie dans ce sens (en matière de prêt) depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 janvier 1901 : « L'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI..., ne vise que les actes où les notaires sont parties directement ou par prête-noms ou par personnes interposées et *desquels résulte un droit pour eux.* » Par exemple, « le notaire qui reçoit un acte de déclaration de souscription et du versement doit être considéré comme ayant un *intérêt personnel et direct* à la formation de la société lorsque les fondateurs lui ont formellement promis une commission en espèces et en parts bénéficiaires » ([16]).

Contrairement à ces principes, certains arrêts considèrent que le notaire est intéressé à un acte lorsqu'il a un intérêt *actuel* ou même éventuel direct ou

---

et Pic. Traité général théorique et pratique du Dr. com., t. I (1908), n° 163 et suiv. — Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial, 4e édit., n° 105 et suiv. — Arthuys. Traité des sociétés civiles et commerciales (1879), n° 139 et suiv.

(15) Grenoble, 1832 (S. 32-2-416); Paris, 22 mai 1848 (D. 48-2-116); Cass., 24 août 1863 (S. 63-1-486, D. 63-1-353); Caen, 18 mai 1864 (S. 65-11-103), etc. (Voir Houpin et Bosvieux, p. 69).

(16) Riom, 26 février 1908 (J. S., 1908, p. 357).

indirect et l'appliquent au cas où le notaire, qui reçoit les statuts d'une société ou la déclaration de souscription et de versement, est lui-même souscripteur d'actions ([17]), directement ou par prête-nom, si l'identité du souscripteur réel est établie([18]). Toutefois d'autres arrêts ([19]) sont moins sévères et ne prononcent pas la nullité si le notaire a souscrit quelques actions seulement. Nous sommes de l'avis de M. Vavasseur ([20]). « Il faut que le ministère du notaire soit indépendant et impartial et qu'il ne soit pas lui-même partie à l'acte qu'il rédige. Si donc il ne s'agissait que d'un intérêt de peu d'importance, de quelques actions souscrites par le notaire, nous pensons que l'acte conserverait néanmoins son caractère authentique et que la société ne pourrait en conséquence être annulée. » Nous estimons qu'il faut appliquer ces mêmes principes une fois la société constituée. Il ne saurait y avoir d'intérêt direct pour un notaire actionnaire. La société étant personne morale. L'intérêt étant indirect on

---

(17) Lyon, 14 juin 1895 (J. S., 1895, p. 498). Voir Amiaud. Trait. form. du N., n° 113.

(18) Poitiers, 6 nov. 1899 (J. S., 1900, p. 215).

(19) Vavasseur. Traité de Soc. civ. et com., 6e édit., 1910, n° 285. — Dans ce sens : Hémand. Théorie et pratique des nullités de sociétés et de soc., le fait, R. Sirey, éd., 1912, p. 302.

(20) Douai, 3 fév. 1876 (S. 76-11-69), Rouen, 14 déc. 1875 (S., 75-11-99).

devra considérer s'il est important ou non. Donc, le notaire peut recevoir un acte d'une société dont il est actionnaire pour une faible part, son intérêt étant minime et indirect.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE, CONSEILLER DES PARTIES

Il faut maintenant examiner la responsabilité du notaire conseiller des parties.

Une distinction préliminaire s'impose : Le notaire donne-t-il un conseil à l'occasion d'un acte de son ministère, ou bien en dehors de ses rapports strictement professionnels avec les parties à l'occasion d'un acte de son ministère ?

Dans le dernier cas, il n'y a pas de raison pour soustraire le notaire aux règles du droit commun. Agissant en simple particulier, il ne doit pas encourir plus de responsabilité qu'un simple particulier. Or le droit commun en la matière s'exprime par l'adage : *Nemo ex consilio obligatus.* Cependant, si le conseil donné consiste en une manœuvre frauduleuse, une responsabilité peut en émaner en tant que ce conseil constitue l'appareil d'un dol. « Quand le notaire conseille en dehors de ses fonctions, il

donne un conseil purement officieux, dont les suites, quelles qu'elles soient, ne sauraient jamais engager sa responsabilité notariale proprement dite : c'est évident puisque ce n'est pas comme officier public qu'il a conseillé; le conseil, en pareil cas, n'engage la responsabilité qu'autant qu'étant frauduleux il est le principe ou la cause d'un dommoge. »

La responsabilité du notaire risque plutôt d'être engagée à propos des conseils qu'il donne dans le cadre de ses fonctions. On conçoit aisément que, dans ce cas, les clients qui sont le plus souvent obligés d'avoir recours à son ministère ne sont pas assimiliables à ceux qui ont sollicité un conseil officieux. Le Conseil revêt ici un certain caractère officiel auquel il est nécessaire d'ajouter une certaine garantie. Cette garantie ne peut se traduire que sous la forme d'une responsabilité encourue par le notaire. Partant de ce principe, les juges devront apprécier, d'après les circonstances de fait qui « seront à considérer avec soin eu égard surtout à la condition sociale des personnes, à leur instruction ou à leur ignorance. » (1).

Cette responsabilité étant quasi-délictuelle, il en résulte que les parties ont la charge de prouver

(1) Toulouse, 15 juin 1914, J. N., art. 31, 484. — Dans le même sens : Demolombe, t. 31, n° 535; Aubry et Rau, t. 4, p. 635.

la faute, le dommage et le lien de causalité qui sont dans notre espèce pratiquement très difficiles à établir.

La jurisprudence (2), sans doute pour obtenir un renversement de la preuve, a appliqué dans de nombreux arrêts une théorie du « mandat légal » : Le notaire est considéré comme mandataire légal, chargé par les parties de les éclairer sur la portée de leurs actes. On a beaucoup critiqué cette théorie. On lui reproche notamment de méconnaître un élément essentiel du mandat qui n'est jamais imposé au mandataire (3), alors que le ministère du notaire est obligatoire (4). De plus, la loi interdit au notaire de s'intéresser, sous quelque forme que ce soit, dans les affaires pour lesquelles ils instrumentent (5). Malgré des plaidoyers pleins de verve (6), nous ne pensons pas que cette théorie

---

(2) Soissons, 13 mai 1857; Amiens, 24 nov. 1857; Cass., 3 août 1858; Toulouse, 24 mars 1879 (J. N., art. 22.178); 3 mars 1884 (J. N., 23.343); Liège, 31 janvier 1881 et 3 février 1887, *Revue du Notariat*, n° 7.621; Orléans, J. N., n° 3869; Rouen, 3 mars 1884 (J. N., art. 23.343); Nîmes, 10 juin 1897 (*J. du Notariat*, 97, 7.

(3) Art. 1.984 C. civ.

(4) Loi du 25 Ventôse, art. 3.

(5) Loi du 25 Ventôse, art. 8.

(6) M. Arnault : « Lectures sur le notariat français à l'Académie de Législation de Toulouse », p. 90 et suiv. : « ... Qu'on ajoute à cet état de chose l'abdication de la Cour suprême qui garde une attitude expectante, se désintéresse, quoique les questions de faute soient des questions de droit,

soit entièrement à rejeter. Ce serait attribuer à la jurisprudence l'erreur d'avoir confondu le rôle légal et le rôle contractuel du notaire, son rôle légal ne prenant racine que dans les principes élaborés par la loi de ventôse. Ne doit-on pas penser plutôt que l'expression « mandataire légal » n'a pas à être prise à la lettre, mais interprétée dans le sens de mandataire tacite à l'occasion de sa profession légale. Le but poursuivi et atteint, étant d'augmenter en cette matière la responsabilité du notaire, ce qui est juste et équitable. Ce qui donne au notaire « un rôle plus digne et plus élevé que celui de « rédacteur passif des conventions » (7).

Mais il faut remarquer que cette responsabilité entièrement de création jurisprudentielle a des limites bien imprécises, et que le résultat pratique n'est pas seulement d'imposer au notaire le devoir de conseiller ses clients et de les éclairer sur la portée de leurs actes, mais de lui faire supporter les déconvenues préjudiciables aux parties dont un acte peut-être la cause si le notaire a simplement omis par

---

et rejette tous les pourvois, en déclarant les juges de fait souverains, qu'ils aient admis ou non la responsabilité et qu'on nous dise encore que c'est une théorie juridique scientifique ! Non, c'est de l'arbitraire, c'est un retour à ce qu'on appelait l'équité cérébrine des Parlements, ce n'est plus du droit... » — Cf. Rutpearts et Amiaud. Dict. du Not., t. III, n° 1326.

(7) Soissons, 13 mai 1857.

inadvertance de prévoir et d'indiquer ces déconvenues. Spécialement en matière de sociétés par actions, les conséquences sont généralement si lourdes qu'elles peuvent entraîner la ruine du notaire, ou du moins l'exposer continuellement à ce malheur.

Si nous estimons juste une tendance de la jurisprudence à sanctionner le devoir de conseil des notaires, si nous admettons volontiers dans leur principe les théories qui rendent cette sanction plus efficace, nous regretterons l'imprécision qui domine cette matière et qui peut être pour le notaire la cause de préjudices démesurés.

Cette imprécision tient, d'une part à la diversité des formes que peut revêtir le devoir du conseil de notaire (8), d'autre part à la multiplicité des théories qui servent de base à la jurisprudence (9).

(8) Est-ce un conseil en dehors ou à l'occasion de son rôle légal ? Est-ce un conseil sur une question de droit ou une question de fait ? Si c'est une question de droit, est-elle définitivement tranchée ou encore l'objet de controverses ? Le client est-il expérimenté, instruit, ou inexpérimenté mais client habituel ? etc.

(9) Théorie du mandat légal; — théorie faisant du devoir du conseil une charge de la fonction publique (Req., 26 avril 1904, S. 1908-1-398); — théorie selon laquelle l'habitude de conseiller a créé le devoir de conseil (Req. 9 mai 1911, S. 1911-1-495; Req., 30 oct. 1928; Nice, 3 mars 1926); — théorie reposant sur l'idée de confiance trompée (Cass., 28 juin 1872; D. 73-1-483; 31 mars 1885, D. 85-1-406; 18 juin 1918, S. 1921-1-297, note de M. Naquet).

Comme moyens de protection contre ce danger, le notaire ne peut trop compter sur le contrôle de la Cour de cassation qui est ici réduit au minimum ([10]), ni sur les clauses préventives ([11]) ; il a recours aux assurances, aux primes élevées, ne couvrant généralement pas la totalité du préjudice, et qui conservent l'échappatoire de pouvoir déclarer que le notaire a été condamné comme *négotiorum gestor*.

Nous émettons le vœu que le devoir de conseil des notaires soit précisé et que la jurisprudence repose sur des principes juridiques indiscutables.

L'imprécision actuelle de cette responsabilité notariale rend impossible l'examen de cas spéciaux à la matière des sociétés par actions — comme nous l'avions fait dans la section deuxième du chapitre précédent. La responsabilité du notaire est engagée à propos des diverses formalités que nous avons étudiées dans la première partie, chaque fois qu'un acte ne produit pas tous les effets juridiques qu'en

(0) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, n° 532.

(11) Si les clauses préventives sont contenues dans l'acte, les tribunaux l'annulent presque toujours, déclarant qu'elles sont insuffisantes pour éclairer les parties, ou trop spéciales et n'ayant pas prévu la question litigieuse. Si la clause est générale les tribunaux font une application extensive de l'article 8 de la loi de Ventôse et la considèrent comme une « disposition e nleur faveur ». Le notaire devra rédiger un acte spécial faisant reconnaître au client qu'il l'a éclairé sur tous les points qui peuvent donner lieu à difficulté. Mais le notaire peut-il tout prévoir ?

attendaient les parties ou lorsque les effets produits sont contraires aux intérêts des parties. Il suffit de penser à l'importance des formalités précitées pour entrevoir la lourde responsabilité du notaire.

Si le législateur enlevait au notaire son rôle légal en matière de sociétés par actions, cause de son rôle plus important dans la pratique, ce serait pour l'attribuer à d'autres personnes dont la responsabilité civile est infime par rapport à celle du notaire. Les fonctionnaires ne répondent pas de leur « faute de service »: les magistrats qui peuvent se tromper aussi bien que les notaires ne peuvent être poursuivis que par la procédure de prise à partie dans les cas seulement de vol, fraude, concussion et déni de justice, ou dans les cas précisés par un texte; vis-à-vis des avoués, huissiers, greffiers, la jurisprudence, en dehors des infractions à un texte de loi, fait preuve d'une indulgence extraordinaire ([12]). Les avocats ([13]), banquiers, agents de change, dont le rôle professionnel est dans une grande mesure de donner des conseils, et qui, de fait, en donnent très souvent à propos des sociétés par actions, n'engagent pratiquement jamais leur responsabilité. Les notaires seuls répondent de leurs conseils.

(12) Planiol et Ripert. Traité pratique de droit civil français, t. VI, n°s 533, 534, 535.

(13) Planiol et Ripert, t. VI, n° 536.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DE NOTAIRE MANDATAIRE DES PARTIES

En dehors de sa fonction essentielle ou de son rôle accessoire de conseiller des parties, le notaire peut être lié par des obligations contractuelles ou quasi contractuelles, au cas où ce dernier aurait accepté d'être le mandataire exprès ou tacite de son client, ou bien aurait pris l'initiative de diriger ses intérêts en qualité de gérant d'affaire.

Le notaire peut recevoir de son client mandat de faire une chose quelconque, d'accomplir, par exemple, les formalités de publication de la Société. Il devra, dans ce cas, accomplir sa mission et il engage sa responsabilité selon les règles du mandat (art. 1984 et suiv. du Code civil).

Si le mandat est exprès et donné par écrit, nous ne voyons pas que des difficultés spéciales puissent surgir. Mais il est plus fréquent que le mandat soit verbal ou même tacite. En cas d'inexécution des obligations, la partie lésée peut avoir des difficultés pour prouver l'existence du mandat.

---

(1) Cass., 29 déc. 1875 (J. N., art. 21.380, D. P. 76-1-149, S. 76-1-401, note de M. Labbé.

D'abord pour prouver le consentement du mandant. Se basant sur l'article 1895 du Code civil, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre l'application de l'article 1341 qui exige un écrit ou un commencement de preuve par écrit si la valeur de l'opération excède 500 francs. Cependant, nous croyons voir ici un cas où le mandant se trouve dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de son consentement et qu'il est de l'esprit de l'article 1348 qu'on s'en remette à des circonstances de fait. On ne pourrait expliquer autrement certaines décisions de la jurisprudence.

Quant à la preuve de l'acceptation du mandataire, elle résultera (art. 1385, al. 2) de « l'exécution qui lui en a été donnée par le mandataire ». Il faut donc encore tenir compte des circonstances de la cause.

Le notaire peut du reste apporter une preuve contraire d'absence de mandat ou de restriction à ce mandat, qui résultera soit de la teneur de l'acte, soit d'une décharge spéciale qui constitue en pratique du notariat une précaution courante. Cette

---

(2) Bordeaux, 17 juillet 1877 et 27 février 1886, R. N. n° 21.905 et 23.666 (Fait que le notaire a entretenu pendant longtemps d'importantes relations d'affaires avec son client); Alger, 6 juillet 1886, J. N. 18.638 (Fait que le mandant, client habituel, est complètement illettré et sans expérience).

pratique confirme la facilité avec laquelle les notaires peuvent être considérés comme mandataires de leurs clients.

Bien plus facilement, s'il y a lieu, pourra s'établir la responsabilité quasi-contractuelle du notaire considéré comme gérant d'affaire. Il suffira de prouver, et ce par tous moyens, présomptions ou témoins, l'immixtion spontanée du notaire dans une affaire de son client.

Comme on le voit, la responsabilité du notaire, pour découler de sources différentes, n'en est pas moins très étendue. Elle garantit suffisamment la confiance que les parties peuvent accorder à cet officier ministériel, et, puisqu'elle aboutit pratiquement à augmenter la prudence, l'attention et la probité du notaire, elle justifie le rôle que le législateur lui a confié en matière de sociétés par actions, et dont nous exprimons le vœu qu'il soit plus actif encore.

CHAPITRE III

L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

Ayant examiné les principes de la responsabilité notariale applicables à la matière des sociétés par actions, il nous reste à préciser le fonctionnement des actions en responsabilité : qui peut les intenter ? Dans quel délai ? Qu'elle peut être l'étendue des dommages-intérêts ?

Section I.

A qui appartient l'action ?

Il faut distinguer tout d'abord la responsabilité légale et la responsabilité contractuelle.

Dans le premiers cas, c'est-à-dire si la société est annulable pour une faute professionnelle du notaire (vice de forme, incompétence, etc.), tout « intéressé », au sens des articles 7 et 41 de la loi de 1867 peut demander cette nullité. Toute personne à qui cette nullité, une fois prononcée, cause un préjudice peut en demander réparation au notaire. Peuvent éprouver un préjudice soit des tiers, par exemple les créanciers de la société, soit des actionnaires ou des propriétaires de parts de fondateurs. De plus, aux termes des articles 8 et 42 de la loi de 1867, les membres du premier conseil de surveillance, le gérant, ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés, les fondateurs-administrateurs, etc, en payent leur responsabilité vis-à-vis des tiers et actionnaires lésés, mais conservent une action récursive contre le notaire, indépendamment de leur action propre qu'ils possèdent contre lui pour avoir été lésés par la nullité.

S'il s'agit de la responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle résultant d'une faute dans l'exécution du mandat ou de la gestion d'affaire ou de

l'inexécution totale du mandat, il paraîtrait au premier abord que les tiers lésés ne puissent pas intenter une action directement contre le notaire (*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*), mais seulement contre les fondateurs. Ces derniers seulement pourraient exercer contre le notaire, leur mandataire, l'action du mandat. Cependant, en notre matière, l'objet du mandat ou de la gestion d'affaire porte généralement sur des mesures de protection des tiers ou des actionnaires, une faute commise dans l'exécution de ce contrat cause généralement un préjudice à ces personnes. Ces dernières pourront dès lors intenter contre le notaire l'action directe en vertu de l'article 1382; indépendamment de l'action qu'elles possèdent contre les fondateurs, il leur suffira d'établir que c'est bien le notaire qui est responsable de cette faute. Cette preuve leur sera facile, en dehors du cas d'inexécution totale du mandat (voir supra, chap. III).

En résumé, en cette matière, une faute commise par le notaire dans l'exécution d'un contrat ne sera pas seulement sanctionnée par une action appartenant aux parties à ce contrat, mais souvent par une action intentée par toute personne lésée au sens de l'article 1382. Ainsi peut se confondre la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et la responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle en raison de l'objet du mandat ou de la gestion d'affaires.

Section II.

Quantum des dommages-intérêts.

La mesure de la responsabilité du notaire peut varier. En principe, la réparation d'une faute délictuelle, quasi-délictuelle ou contractuelle, si dans ce dernier cas la faute est assez grave, devrait être intégrale, c'est-à-dire réparer la totalité de préjudice que les tiers ou les actionnaires ont pu éprouver. Dans aucun cas, la responsabilité ne peut excéder ce préjudice. Dans la pratique, les magistrats, partant des termes « s'il y a lieu » de la loi de ventôse, se réservent le pouvoir « d'évaluer la responsabilité et la question du préjudice » (voir supra, chap. I, sect. I). La fixation des dommages-intérêts est donc une question de fait que doit apprécier le juge.

Dans cette appréciation, les juges tiennent compte de l'importance des frais de constitution des droits d'enregistrement, des honoraires du notaire, etc... Les juges pèseront la gravité de la faute et aussi le fait, s'il y a lieu, que le notaire n'est pas seul fautif. En effet, les fautes commises par le notaire sont aussi imputables aux fondateurs ou administrateurs. Par exemple, si le notaire est responsable de ne pas avoir vérifié la régularité matérielle de l'état des souscripteurs, les fondateurs sont aussi

coupables d'avoir présenté un état défectueux. Les juges ne sauraient, dans ce cas, faire supporter au notaire qu'une partie des dommages-intérêts.

Section III.

Prescription de l'Action.

Aucun texte spécial ne limite l'action en responsabilité contre les notaires. Elle pourra donc s'exercer suivant le droit commun pendant trente ans.

La date à partir de laquelle cette prescription commence à courir est l'objet d'une controverse, quand la cause du préjudice est la nullité de la société.

La jurisprudence et certains auteurs font courir ce délai du jour où la nullité a été prononcée par les tribunaux (1). Ce qui porte à quarante années (cf. article 8 et 42 de la loi de 1867), le temps pendant lequel le notaire se voit menacé d'une action en responsabilité.

M. Houpin (2) estime que « la prescription commence à courir du jour où les parties ont connu ou pu connaître l'omission ou l'irrégularité viciant l'acte, c'est-à-dire s'il s'agit de la constitution

(1) Cass., 27 mai 1857 (J. N., n° 16.196); Orange, 18 novembre 1887; Nîmes, 6 juin 1888.

(2) Houpin. P. S., 1896, p. 296.

d'une société, du jour où cette société a été définitivement constituée ou a été publiée, suivant que l'irrégularité commise se rattache à la constitution ou la publication de la société ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1908 ([3]) établit une distinction qui nous paraît indispensable. Le demandeur avait-il ou non, avant le prononcé de la nullité, intérêt à intenter l'action? Dans l'affirmative, le délai doit courir dès le jour de la constitution ou de la publication. Sinon, la règle *actioni non natae* doit s'appliquer et la prescription courir à compter du jugement.

Par exemple, la société est annulée pour irrégularité de constitution. Les actionnaires avaient intérêt à demander cette annulation et des dommages-intérêts. Leur action en responsabilité sera prescrite pour trente ans depuis le jour de la constitution.

Par contre, si les fondateurs n'ont intérêt à intenter l'action en responsabilité que du jour où la nullité est prononcée (par exemple si des tiers demandent la nullité d'une société ayant été nulle pour défaut de publicité, et régularisée par la suite, mais avec laquelle ils ont contracté avant sa régularisation) la prescription ne courrait que du jour du jugement.

(3) *J. du Not.*, 1908, 794, 1.

PROJETS DE RÉFORME

De cette brève étude, nous pouvons cependant nous faire une opinion sur le rôle et la responsabilité du notaire en matière de sociétés par actions, dans l'état actuel de la législation. Son rôle légal est, comme on l'a dit « d'une passivité désespérante ». Il n'aboutit qu'à assurer la conservation du pacte social et, dans une certaine mesure, la souscription et le paiement du capital.

Si le rôle du notaire est plus important dans la pratique, son intervention n'étant pas obligatoire, la fraude peut encore s'exercer librement au préjudice des actionnaires et des tiers.

Quant à la responsabilité du notaire, nous avons constaté que pour être très étendue, elle n'en est pas moins fondée sur des principes discutables, et pas encore établis d'une façon certaine.

Cet état de chose devrait être amélioré.

Avant de tenter l'esquisse de réformes qui constituerait, à notre avis, un progrès dans ce sens, il convient d'examiner, au moins succinctement, l'opinion de certains auteurs, ainsi que les projets de réformes élaborés en France depuis 1867.

Certains auteurs, notamment MM. Lacour et Bouteron prétendent qu'il faut supprimer l'intervention du notaire dans la déclaration notariée (voir supra, 1re partie, chap. III). Or cette formalité, la seule où l'intervention du notaire est obligatoire entraîne pratiquement les parties à confier au notaire un rôle bien plus important et indiscutablement avantageux au point de vue de la garantie, au profit des actionnaires et des tiers de la légalité et de l'intangibilité des statuts, de la réalité des versements, en un mot de la bonne constitution et fonctionnement normal de la société. Nous avons déjà exprimé notre opinion à ce sujet : il vaut mieux parfaire une institution que de la supprimer, si toutefois cette institution est perfectible. Et nous croyons que c'est ici le cas.

Dans ce but, des projets de réforme ont été élaborés depuis 1867, ayant une portée plus vaste que les réformes de détails de 1893, 1902, 1903, 1913, 1930.

Le premier projet déposé au Sénat, le 6 décembre 1883, par M. Martin-Feuillée, garde des sceaux, adopté par le Sénat en 1884 et jamais mis en discussion par la Chambre, maintenait la formalité de la déclaration notariée et apportait une innovation bien anodine en prescrivant l'indication du lieu où le montant des versements a été déposé, et la possibilité de vérification par trois experts nommés par

le président du Tribunal de commerce à la demande d'un quart des actionnaires présents à l'Assemblée générale constitutive.

Le rôle du notaire restait sans changement.

Un second projet fut élaboré par une commission extraparlementaire constituée le 21 juin 1902 et déposé à la Chambre, le 3 avril 1903.

Ce second projet enlevait au notaire un rôle qu'on estimait inutile, coûteux et compliqué et établissait un système basé sur le principe que la vraie protection en matière de sociétés par actions, c'est la publication.

D'où publication du projet des statuts (et d'une notice annexe sur les apports et les avantages particuliers) au Bulletin annexe du Journal officiel (B. A. J. O.) dix jours avant la souscription; bulletins de souscription devant contenir toutes les indications sur la société; dépôt au greffe du Tribunal de commerce, qui en dresse acte, de la liste des souscriptions rédigée par les gérants, de la déclaration sous-seing privé de souscription et de versement et du récépissé de l'établissement dépositaire des fonds. Ensuite, dépôt dans le mois de la constitution, au même greffe, d'un double de l'acte constitutif avec tous les bulletins de souscription et d'une copie des assemblées constitutives, avec référence de la liste des souscripteurs et de l'état des versements; publication encore dans le même délai

d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées dans « les journaux désignés pour recevoir les annonces légales »; enregistrement dans les trois mois d'un exemplaire du journal; enfin publication intégrale de l'acte de société et de la liste des souscripteurs dans le B. A. J. O.

Ainsi le rôle qu'on enlevait au notaire, on le confiait au greffier du Tribunal de commerce. On supprimait des formalités, mais on en créait d'autres dont nous ne voyons pas la supériorité.

Nous ne saurions, en résumé, approuver dans ce projet tous les détails qui relèvent de cette idée : enlever tout rôle au notaire et n'organiser fortement que la publication.

Par contre, nous trouvons dans ce même projet des réformes de détails qui ne supposent pas la suppression de toute intervention notariale, et qui peuvent, au contraire, contribuer à améliorer le système actuel que nous voudrions voir maintenu dans son ensemble.

Nous remarquons en effet, dans ce projet :

1° L'obligation de déposer les fonds dans une caisse publique et d'annexer à la déclaration le récépissé de cette caisse.

2° L'obligation de ne se dessaisir des fonds dé-

tenus qu'entre les mains des représentants de la nouvelle société.

3° La suppression de la formalité auprès du greffe de la justice de paix.

4° La publication préalable des statuts au cas de souscription publique.

5° La publicité dans un organe central.

CONCLUSION

Nous avons vu que l'intervention notariale en matière de sociétés par actions à de nombreux adversaires.

Nous nous sommes efforcés de démontrer que les inconvénients pratiques du système de ces sociétés devait avoir un autre remède que la suppression pure et simple du rôle du notaire, estimant que ce rôle offre actuellement une garantie qu'il ne faut pas nier.

Cependant, il nous a paru que ces formalités notariales n'étaient pas sans imperfections. Mais ces imperfections peuvent disparaître sous l'effet de quelques réformes simples, consistant le plus souvent à rendre obligatoires certaines pratiques que les notaires ont dû organiser par conscience professionnelle.

Au sujet des statuts, nous avons vu que le notaire assure leur conservation depuis le moment où ils sont annexés à la déclaration notariée. Mais peut-il assurer leur correcte rédaction ? Peut-il éviter les inconvénients de l'acte sous-seing privé que la loi autorise ?

Ainsi sommes-nous amenés à conclure, en premier lieu, à l'utilité de cette réforme : « Les sociétés par actions ne pourront être formées que par des actes publics. »

En ce qui concerne la souscription et le versement du capital social, la déclaration notariée nous paraît une sérieuse garantie. Mais cette formalité ne sera parfaite, d'après nous, que le jour où le notaire lui-même devra effectuer des recherches sur la capacité et l'identité des souscripteurs et cela sous sa responsabilité personnelle. Il faudrait alors faciliter cette tâche. Un moyen très simple consisterait en l'obligation de présenter au notaire les bulletins de souscriptions avec signature légalisée des souscripteurs, ensuite l'obligation pour l'établissement détenteur des fonds de présenter, pour être annexé à l'acte, le récépissé constatant le versement de la fraction légale.

Une heureuse innovation au sujet de la destination des fonds de souscription serait d'obliger la caisse détentrice à ne livrer ces fonds aux premiers administrateurs que d'après un certificat de propriété délivré par le notaire détenteur des minutes de l'acte constitutif.

Nous souhaiterions encore une publicité simplifiée, plus efficace et confiée exclusivement au notaire.

Le législateur peut confier au notaire un rôle plus actif. La responsabilité encourue par cet officier ministériel garantit suffisamment ce rôle. Cependant, nous avons vu que la jurisprudence est très variable en cette matière.

Ne pourrait-on, d'après l'expérience du passé, élaborer un article limitatif de la responsabilité notariale, puisque la loi organique du Notariat se révèle insuffisante en cette matière.

Ainsi la responsabilité des notaires serait précisée. Son rôle en serait grandi.

En émettant ces vœux, nous ne réclamons pas un monopole en faveur des notaires, nous n'avons en vue que l'intérêt général.

Vu : *Le Président,*

G. GABOLDE.

Vu : *Le Doyen,*

PAUL THOMAS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Toulouse,

Président du Conseil de l'Université,

JOSEPH GHEUSI.

BIBLIOGRAPHIE

AMIAUD. — Traité formulaire du notariat.

ARTHUYS. — Traité des sociétés commerciales (3e édit., 1917).

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français (5e édit.).

BOYER. — Responsabilité des notaires (*Thèse, Lyon,* 1919).

COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de droit civil, 1930.

COPPER ROYER. — Traité des sociétés anonymes (2e édit.).

DECUGIS. — Traité pratique des sociétés par actions (1919).

DALLOZ. — Jurisprudence générale.

DEFRÉNOIS. — Traité formulaire de notariat (1926).

DENEUX. — Responsabilité civile des notaires comme conseils de leurs clients (*Thèse, Paris,* 1932).

GUY. — La responsabilité des notaires en tant que dépositaires de fonds (*Thèse, Paris,* 1933).

HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales (5e édit., 1918).

Journal du notariat.

Journal des notaires et des avocats.

Journal Officiel de la République Français.

Journal des sociétés civiles et commerciales.

Lacour et Bouteron. — Précis de droit commercial (1925).

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial (4e édit., 1915).

Maria. — Manuel des sociétés par actions.

Pont. — Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales.

Rep. — Fraudes commises dans la constitution des sociétés par actions (Thèse, Paris, 1905).

Sirey. — Recueil général des lois et arrêts.c

Thaller et Pic. — Traité général théorique et pratique de droit commercial (1926).

Vavasseur. — Traité des sociétés civiles et commerciales (6e édit., 1910).

Vergé. — Traité de la responsabilité des notaires.

Vidal. — Essai sur le rôle et la responsabilité des notaires dans la constitution d'une société commerciale. *Thèse, Montpellier,* 1928.

Wahl. — Précis de droit commercial.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 7

PARTIE PRÉLIMINAIRE

Notions générales. 11

Historique :

1° Sociétés par actions. 14

2° Notariat. 22

PREMIÈRE PARTIE

ROLE DU NOTAIRE

TITRE I. — *Formalités constitutives.*

CHAPITRE PREMIER. — *Les statuts*. 25

Section 1. Nécessité des statuts. 26

Section 2. Ce que doivent énoncer les statuts. . 28

Section 3. Forme des statuts. 30

Section 4. Des cas où les statuts doivent être considérés comme authentiques. - Honoraires. 36

Section 5. Nature de l'intervention du notaire. . 38

Section 6. Cas où l'intervention du notaire est obligatoire. 43
§ 1. Une partie ne peut pas signer. 43
§ 2. Si une personne et son successible ou ses successibles sont associés. 44
§ 3. Pouvoir de constituer hypothèque. . . . 50
§ 4. Apport d'un brevet d'invention. 51
Chapitre II. — *Souscription et versement du capital social*. 58
Chapitre III. — *Déclaration notariée de souscription et versement*. 64
Section 1. But de la déclaration notariée. 65
Section 2. Etude pratique de la déclaration notariée. 72
§ 1. Objet. 72
§ 2. Les déclarants :
A. Qualité. 75
B. Capacité. 82
§ 3. Pièces à annexer. 90
Section 3. Rôle du notaire. 92
§ 1. Rôle légal et professionnel. 92
§ 2. Pratiques du notariat. 96
Chapitre IV. — *Dernières formalités constitutives*. . 100
Titre II. — *Rôle du notaire après la constitution de la société.*
Chapitre premier. — *Formalités de publication*. . . . 106
Chapitre II. — *Formalités nécessaires à la transmission régulière de la propriété des biens apportés*. 112
Chapitre III. — *Modifications du capital. - Fusion de sociétés*. 113
§ 1. Augmentation de capital. 114
§ 2. Emission d'obligations. 117
§ 3. Réduction de capital. 117
§ 4. Fusion de sociétés. 118

DEUXIÈME PARTIE

RESPONSABILITE DU NOTAIRE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — *Responsabilité pénale, civile : délictuelle ou contractuelle*..... 119

CHAPITRE PREMIER. — *Responsabilité du notaire comme officier ministériel*..... 121

Section 1. Bases de cette responsabilité..... 121

Section 2. Cas de responsabilité..... 125

§ 1. Vices de forme..... 125

§ 2. Incompétence..... 128

CHAPITRE II. — *Responsabilité du notaire, conseiller des parties*..... 133

CHAPITRE III. — *Responsabilité du notaire, mandataire des parties*..... 140

CHAPITRE IV. — *L'action en responsabilité*..... 142

PROJETS DE RÉFORME..... 149

CONCLUSION..... 155

BIBLIOGRAPHIE..... 159

Imprimerie JULIA, 2, Rue Temponières, TOULOUSE.